En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los diecisiete días del mes septiembre de dos mil trece, el Tribunal de la Cámara en lo Penal con asiento en la ciudad de Esquel, integrada por la Dra. Flavia Trincheri, Dr. Alejandro De Franco y como presidente, la Dra. Carina Estefanía, dicta sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del C.P.P. en el caso **"Pcia. del Chubut c/ P., G." (NIC 2226 NUF 21228)** de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Esquel, en la que tuvo debida participación el Defensor Público Dr. Bruno Deias, el imputado G. P. y la Fiscal General Dra. Fernanda Révori.

Y RESULTANDO:

Que se celebró la audiencia que prescribe el art. 385 del C.P.P., el día 3 de septiembre de 2013 del corriente año, en la que el Dr. Bruno Deias al momento de tener el uso de la palabra, ratificó el escrito impugnatorio oportunamente interpuesto.

En dicho libelo, la Defensa adelanto que los vicios que contiene la sentencia recurrida, se centran fundamentalmente en la inobservancia y errónea aplicación de la ley adjetiva y por inobservancia y violación de la ley sustantiva. Sostiene que la condena carece de fundamentación o la misma resulta meramente aparente. Se arriban a conclusiones arbitrarias que no resultan ser consecuencia del lógico curso del razonamiento. Al respecto menciona, que por un lado se tienen por probados hechos sin motivación suficiente, considerando parcialmente y en su contra tanto el momento en que el imputado realiza su declaración así como sus dichos, violándose de este modo la garantía constitucional de la defensa en juicio.

Continúa afirmando que se valoró parcialmente la prueba, dándole preeminencia a la prueba de cargo en detrimento de los dichos del imputado y su hermano.

Refiere que no se respetaron las reglas de interpretación restrictiva dispuestas por el art. 31 1° párrafo del CPP, que tutela la garantía del art. 44, V° Claus. I° de la Constitución Provincial. Ello, además, provocó, -según su criterio- el desconocimiento del principio in dubio pro reo.

Concluye que "la prueba no dice por si, lo dice por la interpretación en contra del imputado".

Luego de transcribir el caso de la acusación y la versión de su defendido, sintetizó el caso presentado por la defensa, cual fue que su defendido había actuado amparado por la causal de justificación prevista en el art. 34 inc. 6° y 7° -legítima defensa de un tercero-, (su hermano) y al presentarlo, adelantó que por estrategia procesal su pupilo declararla al final del debate. Al final del debate, se requirió al Tribunal de manera subsidiaria, que si el Tribunal no tuviera por acreditada la existencia del arma blanca en poder S., deberla también descartar el error de hecho por parte de P., ya que era evidente que su motivación para actuar había sido la defensa de su hermano G..

Menciona que el resolutorio impugnado se alimentó del testimonio de los amigos de S., quienes a pesar de esa circunstancia, no pudieron dar una versión unánime y que el Tribunal en su fallo encausó.

Y sobre esta circunstancia sostuvo que esa parcialidad de los testimonios fue el motivo por el que no los interrogó sobre circunstancias, tales como si N. S. tenia un cuchillo, porqué era previsible que respondieran negativamente, es decir dieran una respuesta contraria a su pupilo. Agregó que esta decisión, se adecúa a las buenas prácticas de litigación.

Sin embargo, se queja, de lo expuesto por el Dr. O'Connors y según sus dichos del Tribunal, en cuanto habrían tenido la sensación -por el tenor de las preguntas que realizaba la Defensa o por las que no realizaba- que el caso de la defensa, en punto al cuchillo en manos de S., fue construido durante el debate, a partir de ciertos testimonios que daban cuenta de la existencia de un cuchillo en poder del grupo y que fuera visto en la escena de los hechos, pero que no fue secuestrado.

Prosique, descalificando a los testigos E. y O. S., M., S., M., por ser contradictorios entre ellos y por su marcado interés
contra del imputado.

Especialmente dijo que el Tribunal valoró los dichos del menor M., quien lo hizo en Cámara Gesell, y reconoció que el día anterior el Dr. Rivarola, le había leído su declaración, brindada ante dicho funcionario al comienzo de la investigación.

Por esa razón la Defensa solicitó en su alegato final que no fuera valorado dicho testimonio, en cuanto sus dichos fueran cargosos. Sin embargo, el Tribunal consideró que de valorarse, debía efectuarse *in totum* y que no podía atenderse el pedido, cual era que se valore solo aquello que era favorable.

A ese respecto sostiene que no es lo mismo pedir que se valore solo lo favorable, a que pedir que no se valore lo perjudicial para el imputado.

A su criterio un punto crucial en la valoración de los hechos, lo constituye sin duda la circunstancia de la portación de armas por parte del grupo de S., lo que se recogió en los dichos de no pocos testigos.

A. menciona que escuchó hablar de un cuchillo que no vio; Rozas si vio el cuchillo; también lo vio R. F. y lo describió: grande, de cocina, mango gris.

E. S., reconoció haber tomado un cuchillo de su casa y que N. S., por miedo recogió un trozo de hierro, que llevaba en su manga. L. S., dijo que N. llevaba el fierro en la cintura y que él portaba el cuchillo de E., al que se lo sacó y colocó en su manga y se le cayó del otro lado de la calle De este último, el defensor sospecha acerca de su mendacidad, porque no era posible que N. portara el hierro en la cintura del pantalón, que dice era un vaquero, pues vestía un jogging con cintura de elástico no apto para sostener un elemento de la entidad del caño secuestrado.

C. F. también describe la secuencia del cuchillo que se habla procurado E. S. y del caño que llevaba N., L. M., refiere que E. M. portarla un cuchillo, con el que le quería pegar a un tal M.

A modo de conclusión, dice que a pesar de las contradicciones, los jueces descartaron que N. S. llevara un cuchillo, admitiendo posiblemente la portación de un caño de gas, el que no habría llegado a utilizar.
Sobre la desaparición del cuchillo nada dijeron, ni tampoco valoraron a quién favorecerla esa desaparición.

En definitiva, el Tribunal tiene corroborada la versión de la acusación sin la existencia de testigos imparciales y en las mismas condiciones, descree de los dichos del imputado y valora en contra, los de su hermano- Finalmente, el Tribunal de Juicio, pretende que el imputado pruebe su inocencia, prestando declaración en el momento que más entiendan oportuno y además brindando los elementos técnicos
propios del caso de este ministerio.

El segundo agravio que titula "El tipo legal aplicado: el elemento subjetivo en la conducta del imputado" comienza diciendo que de todo el derrotero

de P. en la noche de autos, no puede desprenderse otra intención que la de proteger a su hermano y a su grupo familiar hostigamientos constatados por parte del grupo liderado por E. S.

Afirma el recurrente que no existía intención homicida cuando fueron a la casa de S. Respecto del momento en que llegan los tres menores, entre ellos la víctima, munidos de armas, el Tribunal ha señalado que ni R. ni P., supieron de esa tenencia. Sin embargo, ello no fue probado que así fuera. Lo lógico, es que si pretendían intimidar a los visitantes, debían exhibirlos no mantenerlos ocultos.

Aún, estando a la versión del Tribunal, que descarta que S. tuviera un cuchillo pero acepta que tenía un caño, no acepta que P. lo defienda, ante la situación de riesgo que vivenciaba su hermano G., quien por esos momentos se golpeaba con S., inicialmente a mano limpia.

No tiene sentido alguna la conducta de P., sino es en el contexto que él mismo brinda, sostenido por R. y las diversas menciones acerca de la portación de un arma por parte de S. El Tribunal descarta la tenencia del cuchillo y admite, porque no tuvo más remedio la existencia de un caño, que apareció prácticamente bajo el cuerpo de S. y tampoco entre sus ropas como se indicarla que habla, raramente, permanecido durante la contienda, pero niega que lo hubiera usado.

Es decir, el Tribunal ha descartado las situaciones dudosas, y se descree de la versión del imputado por haber - prestado su versión al final del debate.

Respecto de la pena sostiene que se ha producido la doble valoración de un elemento que fue considerado sustancial: La victima.

Los jueces se han esmerado en consignar que el valorar a la víctima en un doble sentido no implica valorar doblemente las circunstancias apuntadas, que son diferentes entre sí. El ministerio de la Defensa considera que si se toma por un lado la juventud del occiso como parámetro de agravamiento y por el otro la mayor vulnerabilidad que precisamente esa juventud implica, se está cayendo, precisamente, en lo que se declama que se está evitando.

Agrega, que a pesar del tratamiento más benévolo o humanamente comprensivo de la personalidad de P., que hacen el Dr. O'Connor y la Dra. Rodríquez, los tres llamativamente confluyen en la misma pena de once años. Esta circunstancia, deviene arbitraria, subjetiva, inmotivada, superficial, casi precaria. Finalmente reitera los casos similares de la circunscripción, que al ser analizados por el Tribunal, fueron sacados de contexto y cita los casos "C.", "B.", "C., R. J." y "C. – M.", en los que se aplicaron penas menores a la elegida por este Tribunal.

El defensor en esta oportunidad, solicitó se de por reproducido el escrito oportunamente presentado.

A su turno el MPF, adoptó idéntica conducta, esto es hacer referencia a la contestación escrita del recurso del imputado, aduciendo que el Defensor ha pretendido demostrar la existencia de inobservancia, de la ley procesal y de la ley sustantiva y básicamente la arbitrariedad en la lectura de la prueba.

Luego, señala que el Defensor ha realizado un gran esfuerzo, para vincular extractos de los votos que conformaron la sentencia por unanimidad y ha parcializado indebidamente cada uno de ellos. A su criterio, claramente, de una simple lectura puede afirmarse que ello no ha ocurrido.

Tampoco puede prosperar el agravio respecto de la pretensión punitiva, pues el análisis de las circunstancias previstas por el art. 41 del Código Penal y de la prueba rendida, ha sido correcto.

En la audiencia agregó, fuera de lo dicho en el escrito que el éxito de esta instancia, requiere que el recurrente demuestre, que la sentencia sea producto de un proceso ilegitimo, que exista arbitrariedad en la valoración de la prueba o una errónea aplicación del derecho. Entiende que ello no ha ocurrido. La sentencia que esta Cámara revisara una sentencia correctamente fundada.

Es un pronunciamiento judicial que se ajusta los requisitos que ha marcado la C.S.J.N. Se da a conocer a lo largo de la sentencia dictada por unanimidad, el acto reflexivo que llevó a los jueces a tener como verdadera la hipótesis del Fiscal. Más allá que el Defensor
no lo comparta.

Contesta un punto respecto de la valoración que se hizo de la declaración del imputado. Entiende la defensa que se utilizó en contra la decisión del imputado de declarar al final del debate. Los jueces no valoraron la declaración, en contra, por haber tenido una actitud silenciosa al principio. Lo que los jueces han criticado, no es el momento procesal en que se realiza. No manifestaron que esto haya sido utilizado en contra del imputado Lo que se critica es el contenido de la declaración. Cita un fallo del STJ, en el caso A.- M..

Se le concede la palabra al Dr. D., señala que la respuesta lo dicho por el MPF, están en el recurso.

El imputado, preguntado sobre si desea manifestar algo en esta oportunidad, contesta que no. La victima solicita se haga justicia.

Y CONSIDERANDO:

Que el día 3 de septiembre del corriente año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por la Dra. Carina Paola Estefanía.

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de G. F. P. contra la Sentencia Nro. 873/13 y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término la Dra. Carina Paola Estefanía, en segundo lugar la Dra. Flavia Trincheri y finalmente el Dr. Alejandro De Franco.

La Dra. ESTEFANIA dijo:

Ingresaré en el análisis de los agravios, que a mi criterio se subsumen en tres. El primero de ellos dirigido a la apreciación que el Tribunal efectúa de los testimonios amigos de la víctima, en especial de M., el segundo de ellos a la forma en que se valoró la versión que trajo su defendido, con apoyatura en la declaración de su hermano R. y especialmente en punto a la evaluación que los Jueces realizan respecto del momento procesal en que P. salificó declarar y finalmente, todo lo cual, tiene especial incidencia en la reconstrucción de los hechos, fundamentalmente en la tenencia y uso de un cuchillo por parte de N. S., y consecuentemente en la existencia o no de la causal de justificación que invoca P. - legítima defensa de terceros- o en su defecto exceso y en forma subsidiaria, la doble valoración que efectuaron de la víctima al momento de establecer los agravantes y atenuantes.

Sobre el primero de ellos, siquiendo el orden de votación de la sentencia, comenzaré señalando que el Dr. O'Connor, liderando el acuerdo, ha efectuado un minucioso y preciso estudio del conjunto de la prueba producida en debate, que no se agota en la prueba testimonial, que como dije, presenta dos versiones opuestas sobre un aspecto central, cual es si N. S., portaba o no ese día un cuchillo y en su caso si lo usó o no durante la pelea con R.

Era necesario, ante tamaña discrepancia, hacer especial hincapié en los otros elementos objetivos traídos al debate, para, a partir de ellos y mediante la aplicación de las reglas de la lógica, poder determinar la veracidad de una de las dos hipótesis presentadas en el debate.

Para ello comenzó diciendo que a partir de los testimonios de los policías M. A., G. C., E. C., A. S. y R. F. quedó acreditado que en el lugar donde yacía el cuerpo de N. S. quedó una gran mancha de sangre y el caño de gas amarillo, que nadie discutió era portado por la víctima.

De allí, correctamente infiere, que es muy difícil, que haya portado los dos elementos al mismo tiempo y que tampoco es lógico que N. S. tuviera dos cosas para defenderse y el resto del grupo no tenga nada. Es más lógico que lo tenga S., como él mismo lo reconoce.

También refiere que sí N. S. tenía un cuchillo como medio de defensa, cuál era la necesidad de levantar un caño de gas que encontraron en la placita que se ubica en el camino que eligieron para llegar al domicilio de S.

Agrega además, que respecto del cuchillo que fue visto en un lugar cercano al escenario de los hechos por R. F., ha reconocido L. S. que él lo tiró luego

de que P. apuñalara a N. S. y huyera, junto a su hermano R.

Dicho cuchillo, que no fue secuestrado por la prevención, fue visto a dos metros del lugar donde la víctima recibiera la estocada, y teniendo en cuenta lo señalado por la médica forense, Dra. S. Lo M., respecto que N. S., producto de la herida se habría desvanecido rápidamente, se descarta la posibilidad, que este haya en ese momento podido desprenderse del arma blanca, arrojándola a varios metros de distancia. Coincido en su conclusión, en que de haberla utilizado, el cuchillo, al igual que el caño habría quedado en el lugar donde S. recibió la puñalada.

Sique el magistrado, señalando que si S. hubiera repelido la agresión de R. con un cuchillo, esta situación habría centrado la atención de los presentes. Sin embargo ello no ocurrió.

A su turno el Dr. Colabelli agregó que tampoco se acreditó que R. presentara lesión alguna en su cuerpo. Es correcto inferir que en el supuesto que N. hubiera portado y usado el cuchillo que le ponen en sus manos el acusado y su hermano, alguna herida le habría producido a R.

En esa misma línea de razonamiento, menciona el Juez, que tampoco tenían daños las ropas del R., tal como lo dijera la oficial R. A. y que fueran peritadas por la Lic. G. y el Lic. F.

Además, las evidencias "N" y "0", los oficiales consignan la ausencia de signos de pelea y relevaron únicamente como dato de interés la mancha hemática dejada por el cuerpo de N. en el sitio donde se hallaba esa noche.

Por último la Dra. Rodríguez, además de adherir a las deducciones que sus colegas realizan respecto de la prueba producida con relación a la inexistencia de un cuchillo en manos de S. durante la pelea con R., agrega

que el lugar donde L. y N. se quedaron parados cuando llegaron a la vivienda de S. (cerca de los medidores de las casas 21 y 22) y la actividad de quien resultó en definitiva víctima, "es compatible con el de una persona que retrocede y no con un atacante, sin perjuicio de los golpes que podría haber efectuado".

Respecto del testimonio de M., comparto los argumentos dados por el Tribunal, al rechazar la pretensión del Defensor de que no se valoren los dichos que perjudicaran al imputado. Sobre este punto, señalo que ninguna transgresión a las reglas de proceso efectúa la parte, en este caso el Fiscal, que se entrevista con los testigos propuestos lo días previos al debate y repasa junto a ellos las entrevistas obtenidas durante la investigación, pues ello no significa que se le esté indicando que declare algo que el testigo no sabe o no conoce, lo cual si se encuentra totalmente vedado.

Por último señalo, que pretender que sólo se valore aquello favorable al imputado o que no se valore lo perjudicial es lo mismo, más allá que el Dr. D., pretenda darle un significado diferente.

En definitiva, la sentencia es ajustada a las reglas de la lógica y la sana critica racional y en ese concepto se asienta la apreciación que hacen de los testimonios vertidos por los amigos de la víctimas, los que más allá de esa amistad manifiesta y del interés que de ella se puede derivar en el resultado de este juicio, han dado una versión que encuentra apoyatura en los elementos objetivos que también se trajeron como prueba al debate.

Todo ello, conforma un cuadro probatorio apto para descartar la versión del imputado y de su hermano R., que, tal como lo aseveraron los magistrados del juicio, carece de sustento probatorio.

Sin embargo el Dr. O'Connor, — para descartar como verdadera esta versión defensista que P. introduce en el debate, con apoyo en el testimonio de su hermano R.-, argumentó válidamente, que ninguno de los dos describe porqué la puñalada era la única manera que podía salvar la vida de G. R. y concluye que la versión parcial de los hechos le resta fuerza probatoria, máxime si se advierte que los dos se encontraban en el lugar más privilegiado de quienes sobrevivieron el hecho.

Hasta aquí, no encuentra cabida ninguna de las críticas que la Defensa realiza de la sentencia en crisis. Sin embargo, en ese análisis que el magistrado citado, que lideraba el acuerdo y que es acompañado con su adhesión por la Dra. Rodríquez, agregan dos circunstancias, que valoran en contra de P.: el momento procesal en
que declara y el cambio del caso durante el debate.

Respecto del primero, el Dr. O'Connor dice "Esa circunstancia (refiriéndose a la decisión de dar una versión incompleta) sumada al momento procesal en que prestó declaración debe redundar en que sus dichos vayan perdiendo credibilidad".

Había adelantado, que el momento en que el acusado declara en juicio debe ser tenido en cuenta por el sentenciante. Y agregó, si bien es cierto que su derecho constitucional engloba la potestad de hablar o callar, garantía que también se encuentra reglamentada por su elección acerca del momento en que opte dar su versión. Y luego afirma "que pueda declarar cuando quiera no puede deducirse válidamente que ello no tendrá diferentes consecuencias probatorias" y explica mediante un ejemplo: "Supóngase que uno es docente de una escuela: sabe que un alumno tiene derecho a ausentarse quince días en el año. Sin embargo, no puede tener el mismo concepto que aquel

que faltó una sola vez que el que usufructuó las quince faltas. Analógicamente, lo mismo sucede con el imputado". Prosique diciendo "es indudable su potestad de declarar en un principio, en el medio o en el final del juicio. Nadie cuestiona ese derecho. Pero nada impide que sea sopesado de manera bien distinta".

Vayamos al "principio" que reza "nadie está obligado a declarar en contra de si mismo". Sin embargo: "La libertad de declarar no debe concebirse, como alguna vez se ha pretendido, como la simple inexistencia de la compulsión. Para que la expresión del sujeto sea absolutamente espontánea, la ley procesal ha diseñado parámetros que han de integrar necesariamente el contexto en que el encausado debe expresarse para que sus dichos se tengan por válidos y que incluyen la precisa imposición al interesado de que puede abstenerse de declarar, sin que ello perjudique su situación procesal" (Abel Fleming, Pablo López Viñals, Garantías del imputado, pág. 323)

De allí, que debe sostenerse que el imputado que decide no declarar durante la E.P.P., y en el debate, decide hacerlo al final, simplemente está ejerciendo sus derechos.

Bien dice Bacigalupo, que el principio que protege contra la autoincriminación se concreta como derecho a negar toda colaboración con la acusación sin sufrir a partir de ello ninguna consecuencia negativa. (El debido proceso penal, p. 69, cita. Libro citado, pág. 346)

Su negativa a declarar, cualquiera sea la etapa del proceso, no puede significar para el imputado ningún tipo de consecuencia perjudicial. Además, el derecho a no declarar no sólo funciona como una valla frente a compulsiones atinentes a la materia probatoria, es decir en la órbita del procedimiento, sino que también impide que a la negativa de colaborar

con la investigación se le asignen efectos desde el punto de vista del Derecho de fondo.

De tal modo, valorar en contra de su credibilidad el momento procesal en que decide dar su versión, es una afrenta concreta al principio mencionado, pues por un lado se le informa que si calla su silencio no será utilizado en su *contra* y luego, cuando decide hacerlo, se descree de su declaración por no haberlo hecho antes. Es decir aquello que le anunciaron, no se cumplió.

Lo único que se somete a la zaranda procesal, utilizando el lenguaje del Ministro de la Sala en lo Penal del Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, Dr. Pfleger en la causa "M. A.", citada por el MPF, es el contenido de la declaración y en este punto, la única franquicia que el imputado tiene respecto del resto, es que si miente no podrá ser acusado del delito de falso testimonio. Pero la valoración de su declaración — exculpatoria o incriminatoria-, se cumple utilizando los mismos métodos y parámetros que para el resto de las personas que deponen en el debate y su credibilidad, será mayor o menor, sólo, en tanto guarde coherencia interna y externa, con el resto del material probatorio.

El Tribunal, por diversas razones, podrá considerar inverosímil la hipótesis de la defensa, puesta de manifiesta con la declaración del imputado, pero entre ellas no puede incluirse la cuestionada por la defensa. Al efectuar el análisis de la declaración, podrá concluir - como en estos autos- que la defensa ha presentado un caso que no lo ha probado y que en esta instancia final del debate ya no tiene posibilidad de hacerlo. E incluso podrá decir que la hipótesis que presenta el acusado al final del juicio, debió ser acreditada con prueba durante el juicio, porque ya hemos sostenido, que no ello no significa

imponerle la prueba de su inocencia, que se presume, sino de contrarrestar la prueba de cargo que el Fiscal si ha producido.

Sobre este punto también se ha dicho que no cualquier versión del imputado es suficiente para generar la duda, debe ser una versión, posible, seria, convincente, de alguna manera probada. El Dr. Pfleger: "Creo que es un error pensar que la mera alegación de una circunstancia por el imputado habilita a creerle sin más, cuando un todo sólido lo desmiente. No se vulnera ningún derecho si se concibe una versión exculpatoria como un esfuerzo dirigido a construir una defensa material que al menos mitigará la responsabilidad". (caso "C., H. F. s/Homicidio Simple" (Expte. 20.802 - CH - 2007).

Por último, y respondiendo el segundo aspecto mencionado por la Defensa, también juzgo como correcta la queja efectuada, respecto de las deducciones que el Tribunal realiza a partir del interrogatorio realizado por el Defensor a los testigos. Consideró el Tribunal que la Defensa, construyó su caso durante el debate, en punto al elemento que habría portado S. el día del hecho. Entendió que cuando la Defensa presentó su caso de "legítima defensa", no lo hizo teniendo tan claro la presencia de un cuchillo en manos de S.

A tal deducción -que como dije la construyen a partir del interrogatorio que el Defensor habría realizado a los primeros testigos del juicio-, le asignan valor de indicio, el que calificaron como pequeño, pero que junto a las demás circunstancias cobra importancia, (voto del Dr. O' Connor)

Sabemos que la teoría del caso "intenta constituirse en una suerte de plantilla, a través de la cual el litigante invita a los jueces a mirar la realidad, o más propiamente, los hechos del caso, proveyéndoles de un lente para dar una lectura

intencionada que permita explicar lo sucedido. La teoría del caso corresponde a la idea central que adoptamos para explicar y dar sentido a los hechos que se presentarán como fundantes de una historia, permitiendo dar cuenta de la existencia de una determinada teoría jurídica. Rafael BLANCO, Mauricio DECAP, Leonardo MORENO y Hugo ROJAS. *Litigación estratégica.* Editorial Lexis Nexis. Santiago de Chile, 2005, p. 18)

Por su parte, Baytelman y Duce sostienen: "La teoría del caso es, por sobre todas las cosas, un punto de vista. Siendo el juicio penal ineludiblemente un asunto de versiones en competencia (...) la teoría del caso es un ángulo desde el cual ver toda la prueba; un sillón cómodo y mullido desde el cual apreciar la información que el juicio arroja, en términos tales como si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a las conclusiones que le estamos ofreciendo...". (BAYTELMAN. Andrés y Mauricio DUCE. Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba. Ediciones Universidad Diego Portales. Santiago, 2004. pp. 90-91)

Es cierto que la defensa a l inicio del debate, ha limitado su alegato de apertura, presentando un caso en e l que sol o informo e l aspecto jurídico, sin brindar una versión distinta de los hechos, ni mencionar con que elementos la probaría. También es cierto que esta presentación no responda técnicamente a la forma aconsejada para hacerlo, cuyos componentes, aceptados por la mayoría de la doctrina son: el elemento factico: hechos penales relevantes; el elemento jurídico: subsunción de los hechos a la norma penal y el elemento probatorio: material probatorio que la sustenta (inicialmente elementos o evidencias).

Sin embargo, entiendo que ello no habilita a sostener la conclusión alcanzada por el Tribunal a

quo, pues, en el alegato de apertura, la defensa, al circunscribir su presentación sólo al elemento jurídico, que sintetizó en estar atrapado por la causal de justificación prevista en el art. 34 inc. 6° del Código Penal, dejó abierta la posibilidad respecto de que el supuesto ataque de S. a
R., que habilitaba la defensa de su hermano, fuese con el caño o con el cuchillo.

Agrego además, que es válida la explicación brindada por el propio Defensor, respecto de que la razón por el que no se interrogara a los testigos de la Fiscalía sobre el cuchillo que portara S., se apoya también, en técnicas de litigación, aplicables al contra examen de los testigos de la contraparte.

De allí, que no puede el Tribunal, a partir de la forma de litigar adoptada por la parte, deducir un supuesto cambio del caso y menos aún asignarle valor de indicio.

Agrego, en términos generales se puede conceptuar al indicio como el hecho o dato conocido indubitablemente probado y por el que a través de un razonamiento lógico o presunción se acredita la existencia de otro hecho desconocido pero que esta íntimamente vinculado al primero. La estructura básica del indicio reúne ciertos elementos que configuran su concepto: 1) el indicio se construye siempre a partir de un hecho o acto inicial debidamente acreditado o probado a fin de poder descartarlo de cualquier otro, como son las conjeturas o sospechas, éstas de por si están definidas como meras afirmaciones que no tienen sustento objetivo, real o palpable, 2) en segundo lugar el indicio como razonamiento o proceso lógico inherente a su esencia exige la conexidad indispensable entre el acto inicial y el hecho a probar; 3) Y como tercer elemento tenemos la consecuencia o conclusión obtenida a partir de la

construcción de las premisas contenidas en el argumento utilizado por el sujeto cognoscente.

Sobre el tema de indicios, la jurisprudencia de nuestro país ha dejado claramente establecido que lo característico de esta prueba es que su objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar.

Finalmente, señalo que más allá de asistirle la razón al recurrente, en el error en que habría incurrido el Tribunal al valorar en contra de su defendido el momento procesal seleccionado para declarar y la supuesta variación de su caso durante el debate, puesto que no son circunstancias que puedan ser utilizadas para restarle credibilidad a la declaración que brindara en el ejercicio del derecho de defensa material, considero que sus dichos están totalmente desvirtuados por la prueba de cargo que produjera el acusador público y además no encuentran apoyo en otros elementos probatorios. Estas razones, mencionadas por el Tribunal a quo, eran y son suficientes para considerar que el relato de P., es nada más que un intento del imputado de colocarse en una mejor situación procesal, insuficiente a la hora, de generar una duda razonable, conforme los parámetros jurisprudenciales expuestos ut supra.

Ahora bien, evidentemente, si saca de la escena el cuchillo, que la defensa técnica y material ponen en manos de S., no queda mucho margen para considerar que P. actuó en defensa de los derechos de su hermano. Poco interesa, si hubo o no provocación por parte de R., no sólo porque no es éste un requisito para la defensa de terceros, sino porque si S. no atacaba con el cuchillo, como se acreditó, desaparece un requisito

esencial de la causal de justificación en análisis, cual es la "necesidad de la defensa".

Digo además, que tampoco se demostró que S. utilizará el fierro que habría colocado entre sus prendas de vestir y que habría levantado en una plaza, sita en el trayecto elegido para llegar a lo de S. Un paréntesis, para señalar que no ha sido contradictorio el testigo S. en este punto, porque si bien mencionó que N. vestía un pantalón de jean, cuando la prueba demuestra que era un jogging, el testigo, manifestó no estar seguro de ello. Esta falta de recuerdo no puede ser utilizado para tacharlo de mendaz y no incluir su testimonio en el cuadro probatorio valorado.

En definitiva, con relación a la crítica efectuada sobre la conclusión del Tribunal, al rechazar la existencia de la causal de justificación de legítima defensa (art. 34 inc. 6°del Código Penal) o en su defecto el exceso en la causal (art. 35 del C. Penal) , por su claridad expositiva y la analogía de los hechos, voy a citar al Dr. Jorge Pfleger, en el caso "Provincia del Chubut c/ A., F. O. - imputado-R., V. H. s/víctima" (Expte. 21.008 - Folio 18 - T° II - P - 2007 Sentencia N°41-2008 STJ) , en el que refirió: "Que sobre el tema he dicho, en numerosos precedentes de esta Sala, que la legitima defensa es esencialmente una permisión limitada, pues el Estado posee el ejercicio monopólico de la fuerza y sólo la delega en los particulares en las estrictas condiciones establecidas en la ley. No en vano los teóricos giran sus definiciones en torno a que ésta es: "...la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada..." (Soler) o "...la acción típica realizada por el autor con el fin de rechazar la agresión ilegítima contra sí o contra un tercero, cuando aquélla es el medio racionalmente adecuado para evitar la destrucción o menoscabo de los bienes

jurídicos a los que ésta amenaza..." (Creus) o "...la legítima defensa es repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporción de los medios empleados para impedirla o repelerla..." (Jiménez de Azúa)- ver la compilación en "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial" (David Baigún -Eugenio Zaffaroni- Dirección Ed. Hammurabi T 1 pág. 714/ 715)".-

Continúa el Dr. Pfleger: "Luego, el instituto del art. 35 del C. Penal, presupone la existencia de las mismas condiciones que demanda el permiso pues, a mi juicio, para ocurrir exceso la acción debió comenzar justificadamente y concluir antijurídicamente"... "Tal como lo enseña el Dr. Zaffaroni, en su obra Derecho Penal Parte General, pág. 584, "la cuestión que plantea la legítima defensa no es, pues de tolerancia- frente a la agresión ilegítima, sino de racionalidad respecto de los límites de derecho, tal como deben plantearse en todos los ejercicios de derechos (omissis) Cuando la acción defensiva causa una lesión de una intensidad inusitada, cesa la legitimidad de la acción defensiva por su falta de racionalidad" y propone definir la racionalidad como la ausencia de una desproporción insólita y grosera entre el mal que se evita y el que se causa. Y en esa línea de análisis señala que la defensa deja de ser legitima cuando el empleo necesario para evitar el resultado tiene por efecto la producción de un resultado lesivo concreto que, por su inusitada y escandalosa desproporción respecto de la agresión, provoque más inseguridad jurídica que la agresión misma. Tales consideraciones, incluidas las citas doctrinarias elegidas, resultan alineadas con la solución que estimo correcta, y ello es asi porque la

mera alegación de una causa de justificación, en este caso la legitima defensa, no encuentra andamio que la sostenga en vista de las características de la lesión cuya producción ha sido establecida con certeza, no enmarcándose en el instituto cuya aplicación se propone o a un uso excesivo del permiso por él concedido".

Por lo que, volviendo a nuestro caso, entiendo que es correcta la forma en que los jueces han descartado la causal de justificación y su exceso y que el encuadre jurídico que corresponde es el de homicidio simple (Art. 79 del C.P.)

Respecto de la pena es cierto que la juventud de la víctima, aumenta la extensión del daño, por las razones expuestas por los magistrados y a la vez significa que por esa menor edad no contaba con mayores recursos para defenderse de la situación agresiva, pero ello no puede ser interpretado como constitutiva de una doble valoración prohibida por la ley, pues no se trata de una circunstancia prevista en el tipo penal aplicable que el Tribunal vuelve a valorar al momento de establecer los agravantes.

Tampoco advierto una diferencia entre los magistrados a la hora de valorar los agravantes y atenuantes, como la mencionada por el Defensor que califica a los Dres. 0'Connor y Rodríquez como más benévolos que el Dr. Colabelli. Todos han valorado los mismos agravantes y atenuantes, más allá de los argumentos o el lenguaje que han utilizado para sostenerlos. Considero correcto, en ese sentido, que se haya valorado como agravante el haber concurrido a la casa de S., armado con un cuchillo y en la noche. También que haya decidido darle una profunda estocada a un sujeto mucho menor que él, que se encontraba en retroceso y en posición defensiva contra los golpes y empujones que recibía de parte de G. R.

Tal cual lo menciona el Dr. O'Connor, si bien no se acreditó que haya obrado sobre seguro, tampoco se trató de una contienda justa ni contra el que aparecía como el más amenazante o agresivo.

Por otra parte, si bien todo homicidio supone la pérdida de una vida humana, la edad de la víctima, conocida por el agresor, es como lo propuso la querella y lo transcribió el magistrado citado, el gran componente del tópico en desarrollo, pues a los quince años se tiene una vida por delante.

En este análisis coincide en un todo el Dr. Colabelli, quien además ha descartado con acierto que en este caso pueda ser considerado como un agravante el lugar del hecho, porque el hecho que el evento ocurriera en un barrio determinado no tiene entidad suficiente para agravar el ilícito.

Por su parte la Dra. Rodríguez ha señalado que la pasividad inicial de la víctima, la no resistencia al ataque y la nocturnidad resultan circunstancias demostrativas de un mayor grado de ilicitud, al igual que la corta edad de la niña.

También han sido coherentes y concordantes los votos en cuanto al análisis de los atenuantes. Entre los mismos destacaron la historia de vida del imputado, el medio social y familiar, la escasa educación formal, la corta edad -20 años y la falta de antecedentes condenatorios.

Ya he sostenido, que no por sabido es menos cierto, que el deber de motivación exige que todas las razones que el juez pone en juego al estimar la sanción sean claramente manifestadas, ya que "...la decisión judicial no responde únicamente a razones de justificación jurídica, sino también a las llamadas razones explicativas vinculadas a las ideas, creencias y valores culturales de quien decide...y "...la motivación de la decisión judicial que impone una pena

debe permitir conocer de manera concreta cuáles son las razones por las que el tribunal ha escogido la sanción que aplica y no otra...", y "...este conocimiento no debe ser logrado mediante un esfuerzo de intuición, sino que ha de quedar claramente a disposición de quien lea el fallo de manera que no sólo se advierta el marco legal aplicable, sino el uso particular que se ha hecho de él..." (Fleming, A., Viñas, P, "Las Penas", ed. Rubinzal Culzoni, ed. 2009, pág.440; id. Ziffder, P., "Linenamientos...", Ad-Hoc., págs. 93/98) ".

En este punto, vale la pena recordar aqui que nuestra CSJN ha predicado que "con la doctrina de la arbitrariedad se tiende a resguardar la defensa en juicio y el debido proceso exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa (conf.(Fallos 316:1717, 311:948), indicando que "... la arbitrariedad requiere un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, o una decisiva carencia de fundamentación..." (Fallos, t. 311, Vol. 2, 1988,p. 3200, Sumario n" 269) , revistiendo "...carácter estrictamente excepcional..." (Ibid.., p. 3201. sumario n° 277), ello en sintonía con la doctrina que postula que "...son arbitrarias las sentencias que poseen omisiones de gravedad extrema..." y explican: "...Lo que se exige es que la sentencia recurrida prescinda inequívocamente de la solución prevista en la ley o adolezca de una manifiesta falta de fundamentación..." (cit.de Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya), autores que desde su perspectiva, consideran que "...la arbitrariedad es el modo de manifestación de la voluntad del Juez no sujeto a formación alguna y que se ha apartado, desviado, negado o rechazado la

normación vigente..." (ver "Derecho Constitucional Argentino- Segunda edición actualizada por Humberto Quiroga Lavie- T I, Ed. Rubinzal Culzoni, pág.697)..." (Conf. STJCh, "S. - H. s/robo...", Expte Nro. N° 21.873 - T° II - F° 168 - Letra "S" - Año 2009, 24/08/2010, Sentencia N° 046, Año: 2010, cita del Voto del Dr. Jorge Pfleger, publ. on line "Eureka").

En definitiva, y sin dejar de resaltar como ha influido favorablemente el nuevo Código de Procedimiento Penal en materia selección del quantum de la pena, y como las partes y los Jueces han agudizado el análisis que realizan no sólo en punto a la selección de las circunstancias a ponderar, sino especialmente a explicitar las razones por las cuales se las debe considerar como agravantes o como aminorantes al momento de ajustar el monto punitivo que se considere justo, racional Y proporcional al grado de culpabilidad por el injusto cometido, considero que la sentencia sobre la pena cumple con la obligación funcional de cumplir con el deber constitucional y legal de motivar la decisión que se adopte (conf. arts.25 CPP y 169 Const. Pvcial.), especialmente en esta instancia especial del proceso de máximo ejercicio del "ius puniendi" estatal, por lo que en este punto también corresponde confirmar la sentencia recurrida.

Respecto de los honorarios profesionales del Defensor Público Dr. Bruno Deias y del Dr. D. S., abogado de la querella, corresponde establecerlos en el 25% de lo regulado en primera instancia, conforme art. 13 de la Ley XIII N° 4, los que se declaran a cargo del imputado.

La Dra TRINCHERI dijo: Comienza haciendo uso de la palabra el Dr. Bruno Deias por la Defensa del señor G. F. P. ratificando el escrito que oportunamente presentara, impugnando la sentencia N° 557/13 donde

declaran a su pupilo penalmente responsable del delito de Homicidio simple, Art. 79 del CP y mediante sentencia N° 873/13 donde lo condenan a la pena de once años de prisión, ambas piezas jurídicas dictadas por los Jueces Penales Martin O'CONNOR, José Oscar COLABELLI y Graciela Anabel RODRÍQUEZ . -

Los argumentos impetrados por la Defensa, la base fáctica sobre los que se sustenta, la réplica de la señora Fiscal Dra. Fernanda RÉVORI y la adhesión que efectuara el querellante, Dr. D. S. se encuentran reseñados al inicio y fueron volcados también por mis colegas que me precedieron en el voto, por lo que a ellos me remito
y no he de reiterarlos.

Seguidamente adelanto que, de acuerdo a lo deliberado, la pretensión impugnativa no ha de prosperar

El agravio en relación a que los Jueces del juicio ponderan perjudicialmente para su pupilo la oportunidad procesal en que éste brindara su declaración, no tiene suficiente sustento argumental. Con basamento en la garantía constitucional acerca del "derecho a ser oido", tiene dicho la doctrina *"Durante la instrucción y el juicio las leyes procesales fijan momentos determinados destinados a recepcionársele declaración; pero sin perjuicio de estos actos, el imputado puede solicitar, en cualquiera de las dos etapas y en cualquier momento, ampliar su declaración a fin de brindar las explicaciones que estime necesarias; asimismo, durante el debate oral puede solicitar al presidente del tribunal la palabra, en todo momento, a tales fines.* "E. M. Jauchen. Derechos del Imputado. Rubinzal - Culzoni Editores, 2005, pág. 240.
Le asiste razón al Dr. DEÍAS al decir que hace al ejercicio del derecho de defensa y como parte de su

estrategia, escoger el momento que desea declarar y si su pupilo responde preguntas o no, en su caso. Ahora bien, efectuando una interpretación textual del voto del Dr. 0' CONNOR que el defensor transcribe ’’ *Lo que pretendo extraer como conclusión es que si el imputado hubiera declarado al comienzo del debate, afirmando que vio que N. S. tenía un cuchillo, que lo quiso usar contra su hermano, entonces los testigos presenciales hubieran podido ser interrogados por la parte acusatoria en* ese *sentido. De* haber *dejado dudas los testimonios ante las preguntas, hubiera prevalecido la versión del imputado lo que hubiera comprendido -claro está- su absolución*..." se advierte que el Magistrado está efectuando hipótesis acerca de cuál podría haber sido la suerte corrida por P. si hubiera dado a conocer al inicio, aquellos datos que dio al final, suponiendo que el contradictorio con preguntas de las partes, habría arrojado luz a cómo sucedieron los hechos conforme su versión; pero de manera alguna se interpreta que con tal construcción de ideas, se está ponderando en forma perjudicial la declaración que P. realizara antes de cerrar el debate. Por todo lo dicho, tal embate debe desecharse. Continuando con el agravio acerca que fueron valorados íntegramente los testimonios de los allegados a la víctima - pese a las contradicciones en que incurrieron y la defensa señala- y no así los testimonios del entorno del imputado, he de decir que, del examen exhaustivo de la sentencia, tal afirmación no se ajusta al mérito efectuado por los judicantes. Surge de los votantes, el concienzudo análisis que hicieron acerca de: si víctima y victimario pertenecían a grupos antagónicos, la data del conflicto y sus protagonistas, cómo llegó a manos de P. el arma homicida, si N. S. tenía consigo un cuchillo en momentos de la agresión; todo ello para reconstruir

la mecánica de los hechos no sólo fundada en los testimonios de aquellos que tenían cierta afinidad con la víctima, sino con otros testigos, como ser la señora A. B., los efectivos policiales M. A., G. C., E. C., R. F., P. R., I. C., R. A., C. F., L. P., P. P. quienes inspeccionaron el lugar, tomaron muestras, efectuaron secuestros y recabaron información, aunada a la prueba documental que se incorporó al juicio.

Encuentro apropiado decir que se parcializaría la prueba si tal como propone la Defensa tomáramos los dichos de P. y nos quedáramos con ellos, siendo que parte de su versión no se halla corroborado por probanza alguna y hay espacios de tiempo en su relato de los que no puede dar razones.

En este punto, me avoco a la crítica que efectúa acerca del testimonio vertido en Cámara Gesell por el menor E. M. Como bien dieran razones los jueces del juicio, se debe ponderar los dichos en su totalidad, al mismo tiempo que, a pesar de ser una declaración de las previstas en el Art. 193 del CPP ello no impidió el contradictorio, pudiendo esa parte hacer llegar las preguntas al testigo que hicieran a su estrategia de defensa, sin tener que escoger luego ese camino erróneo donde reclama de los jueces que valoren sólo una parte de la declaración.

En cuanto a las declaraciones testimoniales, puede darse mayor o menor entidad a las mismas, según sus propias características, a saber, si le comprenden las generales de la ley, si es una declaración a la que no atrapa el Art. 275 del CP, si es un testigo "de oídas", entre otros casos donde los judicantes darán razones de la ponderación que realizan, pero no hay norma en los códigos de forma ni pauta del sentido común que mande fraccionar un testimonio al efectuarse su mérito. Soy de la opinión que tal valoración puede estar reservada a las partes, pero no a los

judicantes.- En tal sentido En relación a la valoración ha dicho el Sr. Ministro del Superior Tribunal de Justicia del Chubut, Dr. **Jorge PFLEGER en autos:** "ETCHAIDE..." (Expte. N° 20429 -E- Año 2006), que: "...Constituye *una facultad de la instancia de mérito seleccionar el material probatorio, prefiriendo algunos elementos y descartando otros, no siendo suficiente, a quien se opone, expresar un mero criterio discordante..."(SCBA. C. Ac. 81491, Moreno S. 16/07/2003 en JPBA t. 123 F. 200, PÁG. 84).*

Ocupándome del agravio acerca de la calificación legal escogida, Homicidio simple, la defensa sostiene que no se compadece con la conducta de su pupilo quien obró amparado por la causal de justificación prevista en el artículo 34 incisos 6 y 7 del CP, siendo tarea del tribunal valorar tal circunstancia, como así su intensidad y extensión (Art. 35 del CP).

Resultarla redundante y tedioso transcribir el contenido de las pruebas ya ventiladas en juicio y ponderadas por los jueces. Una lograda motivación exige que se desarrolle en relación a la totalidad de las probanzas de la causa, rebatiendo en su caso todos aquellos argumentos de las partes, sin caer en la elección de las que sólo resultan de cargo.

Dicho esto, encuentro que la valoración de la prueba efectuada por los Jueces de grado se ajusta debidamente a la motivación en los hechos y partiendo de tener por acreditada de manera indubitada que P. con su accionar dio muerte a S. logran razonadamente dilucidaron el hecho y desechar la hipótesis del caso traída por la Defensa. Así el Juez COLABELLI relata el momento en que al discutir E. S. con P. y su hermano G. R., el padre del primero interviene llevándose a éste al interior del patio de la vivienda, oportunidad en que "... *G. R., ve la ocasión propicia para agredir físicamente mediante golpes de puño a N. S. quien solo*

atinó a retroceder y a defenderse con golpes de puño. Esto es a su vez confirmado por el acusado quien refirió haber visto a su hermano con N. a las piñas... prosigue E. S. que ve a P. empuñando el cuchillo de cabo blanco va corriendo contra N. y lo apuñala. Esto es claramente observado también desde otro ángulo por E. M., quien refiere, con otro detalle, que G. R. va hacia N. S. y toma la remera que tenía puesta y se la pasa hacia delante tapándole la cabeza, oportunidad en que P. salta y lo apuñala, si bien no vio el cuchillo observó cuando éste dirige su mano hacia la zona baja del abdomen en la región inguinal de N. S., deduciendo por el resultado que fue una puñalada. ... Esto se corrobora en cuanto a la mecánica del hecho... de acuerdo a la autopsia que realizara la Dra. S. L. M., la trayectoria de ingreso del cuchillo fue de derecha a izquierda, levemente ascendente y de adelante hacia atrás. Es decir que N. no se encontraba tendido horizontalmente en el suelo al recibir la puñalada... no se evidenciaron signos de defensa por parte de N. Esto avala en un *todo la versión de los testigos presenciales que relataron que N. no había alcanzado a defenderse. El trozo de caño de gas que portaba N. escondido ya en su cintura o en* una de sus *mangas del brazo fue hallado bajo su cuerpo ya herido, no fue exhibido en ningún momento durante la pelea mantenida con G. //*

He reseñado el mérito efectuado por el segundo votante - en el mismo sentido trabajaron sus colegas- para demostrar que laboriosamente concatenaron las probanzas testimoniales y periciales para descartar el argumento defensista. El Dr. DEÍAS, en su esforzada estrategia, no ha conseguido desvirtuar el plexo probatorio cargoso; por lo que la propuesta de ponderar el accionar del encartado como el exceso en

la legítima defensa de un tercero, ha de ser descartado.

Por último, en cuanto al tratamiento de la pena, no comparto el argumento que se ha incurrido en una doble valoración por tener en cuenta la edad de la víctima -un joven de quince años- como un parámetro de agravamiento al mismo tiempo que ponderan como agravante también, la mayor vulnerabilidad que esa juventud implica

Respecto de la prohibición de doble valoración "... los tipos penales describen las conductas de las que puede derivarse una pena; se trata de requisitos mínimos para que alguien sea castigado; sería entonces ilógico que la pena que el juez selecciona para el caso fuese agravada por haberse realizado un aspecto del hecho necesario para el perfeccionamiento del tipo; este principio, que veda la consideración de componentes de la figura básica, atenuada o agravada para la medición de la pena, no se encuentra explicitado en el Derecho argentino..." Conf. Abel Fleming y Pablo López Viñals, "Las Penas" Rubinzal Culzoni Editores, Sta Fe, Octubre de 2009 pág. 369. Dicho esto, en el caso que nos ocupa, luego de la realización del tipo, el exceso del mismo da lugar a valoraciones agravantes de la sanción, sin incurrir en doble valoración. Se ponderó la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba el joven S. en oportunidad de sufrir el acometimiento, siendo que, a modo de ejemplo, podría eventualmente un muchacho de su edad no encontrarse sólo en horas de la noche en la vía pública, rodeado de jóvenes pendencieros, encontrando allí, en tal escenario, la debilidad de la que hablan los jueces.

No advierto falencia alguna en no haber explicado de que manera cada uno de los jueces con diferentes argumentos arriban a una misma pena. Sabido es que,

el quantum punitivo no es una ecuación matemática y tampoco así lo han tomado los judicantes. Cualquiera sea el punto de partida que se tome para establecer la sanción, éste debe ser enunciado y asociado a ciertas circunstancias del caso. La motivación de la decisión que impone una pena debe permitir conocer de manera correcta cuáles son las razones por las que el tribunal ha escogido la sanción que aplica. Como sostuviera, tal imposición se encuentra debidamente cumplida, por lo que, propongo la confirmación de la pena tal como fuera dispuesta por el tribunal de juicio.

En base a todo lo dicho propongo se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa del acusado G. F. P.

Respecto a la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes comparto lo propuesto por el Juez que lidera el
Acuerdo.- Asi lo voto.

El Dr. Defranco dijo:

1. - Habiendo sido descriptos los agravios de la Defensa por la distinguida colega que me precede en el voto, pasaré en forma inmediata a tratarlos, sin tentarme con repeticiones, aunque en otro orden de exposición.

Comenzaré por lo que considero el punto central para la resolución de este caso. Sin ninguna duda, es la verificación de la existencia o no de una de las situaciones objetivas previstas por el art. 34 inc. *I°* del Código Penal, lo que transformarla a la acción típica llevada a cabo por P. en una conducta justificada por el ordenamiento jurídico.

En efecto, ha postulado la Defensa de P. que la acción de su pupilo dirigida a dar muerte a S. se enmarcó en un contexto de legítima defensa de un

tercero, puesto que el nombrado, cuchillo en mano, emprendió un ataque contra R. al que contestó su amigo, el aquí imputado.

Analizada en este punto la sentencia recurrida, puede leerse cómo han llegado los jueces del debate a la conclusión que la víctima, N. S., en ningún momento portó un cuchillo sino que, a lo sumo, tenía en su poder un caño de gas que nunca alcanzó a utilizar.

2. - En efecto, el Dr. O'Connor, en un prolijo y exhaustivo análisis, explica acabadamente como llega a esa conclusión. Dice, en primer lugar, que es L. S. quien se adjudica la posesión del cuchillo y el testigo E. S. corrobora tal circunstancia.

Por otra parte, resultó acreditado -continua el juez citado- que el elemento que si portaba el occiso era un trozo de caño de gas, lo que infiere del hecho de haber quedado al lado del cadáver junto con una gran mancha de sangre, tal como de los testimonios de los policías A., C., C. y S. (fotógrafo) se puede sostener.

En tercer orden, son los mismos testigos S. y S. quienes, a preguntas de la Defensa, admiten que S. portaba un caño aunque el primero lo ubica en su manga y el otro testigo lo coloca en la cintura.

De estos tres elementos, deduce el juez, a mi juicio en forma correcta, que mal pudo portar el luego fallecido un cuchillo el que, además, fue secuestrado a dos metros del lugar donde fuera hallado su cuerpo sin vida, concluyendo que de haber utilizado el arma blanca, al igual que el caño, habría quedado en el lugar donde S. recibió la puñalada.

1. - Por su parte, el juez Colabelli, llega a idéntica conclusión. En la página 55 de la sentencia explica que: "...L. S., E. S., quienes acompañan a N. S., reconocen con total sinceridad que N. llevaba

escondido ya en su cintura, ya en una de las mangas, un trozo de caño que habría tomado de la placita y que L. llevaba el cuchillo que había tomado E. de su casa un rato antes... lo cierto es que en la ocasión el cuchillo de marras era llevado por S. y no por S. o S...".

Tiene por acreditada la mecánica del suceso a partir de los testimonios de E. S. y de E. M., versión de este último que se compadece con la opinión científica del licenciado F.

En síntesis, el juez mencionado tiene por acreditado que "G. R. va hacia N. S. y toma la remera que tenía puesta y se la pasa hacia delante tapándole la cabeza, oportunidad en que P. salta y lo apuñala, si bien no vio el cuchillo observó cuando este dirige su mano hacia la zona baja del abdomen en la región inguinal...".

Nuevamente, respecto al cuchillo, señala el Dr. Colabelli que "...el mismo quedó tirado en un cantero distante 2 metros del cuerpo yacente de N., ya que conforme lo confiesa el propio L. S. y que avala E. S., le fuera arrojado contra P. y R. cuando se daban a la fuga luego de haber lesionado a N....".

Por otra parte, de la circunstancia que no han tenido ni P. ni R. rastro de lesión alguna en sus cuerpos, ni daños en sus ropas, deduce correctamente el magistrado la inexistencia de ataque por parte de S. con el presunto cuchillo que portaba.

Comparto con el votante que, de haber agredido el luego occiso a los hermanos -al menos a R.- con el arma blanca en cuestión, alguna impronta debió quedar en su humanidad o al menos en su vestimenta, y debo compartir también que, al no existir signos de pelea en el lugar de los hechos deviene como lógica consecuencia, al aunar todos estos indicios, que la

conducta de S. fue netamente pasiva y en ningún momento emprendió ataque alguno.

2.- En último término, la Dra. Rodríquez adhiere a los votos de sus colegas y centra su opinión en el testimonio de S. y de su esposa, agregando -opinión que comparto plenamente de la visualización de las fotografías del legajo de prueba fiscal- que de la posición inicial de L. y N., esto es cerca de los medidores, y que S. cae, después, en el acceso a la casa 22, más cerca de la esquina, resulta de toda evidencia que su actividad fue de retroceso y no de avance hacia un blanco, apreciación hecha también por su colega Colabelli a fojas 135.

Agrega la jueza que se inclina a pensar que S. portaba el caño de gas, no así el cuchillo, atento haber quedado el primero cerca de su cuerpo, por así surgir de los dichos de S., E. S. y por el hecho que no resulta lógico suponer que uno solo de los tres jóvenes portara las dos armas.

3. - De todo ello, tengo para mí que los jueces han construido una sentencia en la que han valorado la evidencia en forma correcta, de acuerdo a las reglas de la lógica y la experiencia más elemental, dando razones satisfactorias acerca de la relevancia dada a cada medio de prueba producido y han explicado por qué la versión del imputado -y la de su hermano R.- no puede ser atendida.

Más allá de no compartir -junto con mis colegas en la deliberación- las consideraciones en punto a la oportunidad procesal elegida por el incuso para declarar, la valoración de la prueba ha sido correcta en un todo de acuerdo con las reglas establecidas en el art. 25 del CPP, esto es, "valoradas por los jueces según la sana critica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia", formando su convicción de la

valoración conjunta y armónica de toda la prueba producida.

4. - Me explico sobre el punto anterior. Ha dicho el primero de los votantes que además de valorar la prueba de cargo, considera como elemento que disminuye la credibilidad de la versión del imputado el momento procesal en que prestó declaración. Dice el Dr. O'Connor que "... (el imputado) pueda declarar cuando quiera no puede deducirse válidamente que ello no tendrá diferentes consecuencias probatorias..." y continúa: "...es indudable su potestad de declarar en un principio, en el medio o al final del juicio. Nadie cuestiona ese derecho. Pero nada impide que sea sopesado de manera bien distinta... una declaración prestada al comienzo del juicio, permite que esa versión sea escrutada por todos los testigos. Si esa versión no es refutada... por la prueba testimonial recibida en todo el juicio, entonces al Tribunal se le impondrá la acción de absolver al acusado...".

Dichas consideraciones no pueden acompañarse. Por el contrario, es sabido que el derecho constitucional del imputado a no ser competido a declarar implica, como mínimo, el derecho a ser oído sobre lo que quiera manifestar acerca de la imputación que pesa en su contra, sea para negarla en un todo o para disminuir la significación jurídica de la intimación, y, va de suyo, en el momento que lo crea conveniente. Es ínsito a ese derecho que ninguna consecuencia procesal negativa se pueda extraer del ejercicio del mismo; de lo contrario la garantía sería ilusoria y un verdadero embuste.

En palabras de Maier, "...de nada valdría que se escuchara al imputado si no se prevé, al desarrollar el contenido real de la garantía, ciertos presupuestos y ciertas consecuencias para el ejercicio de este derecho, en miras a su propia eficiencia, con la

consecuencia de otorgarle, así, un significado mucho mas preciso y valioso para el principio estudiado que el mero hecho de permitirle verter palabras en el procedimiento a través del cual se lo persique penalmente..." (Derecho Procesal Penal.- I.- Fundamentos; Del Puerto, pág. 552).

El Código de Procedimiento Penal es claro al respecto: "nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo. El ejercicio de este derecho no puede ser valorado como una admisión de los hechos o indicio de culpabilidad..." (art. 8, primer párrafo, CPP), y respecto a la oportunidad dice que "podrá" declarar oralmente o por escrito y cuantas veces lo crea necesario (art. 8 6) ; durante el juicio, "el imputado podrá hacer las declaraciones que considere oportunas" (art. 321, segundo párrafo) y, antes de clausurar el debate, "se preguntara al imputado si tiene algo más que manifestar" (art. 328 del CPP), de todo lo que se colige, sin dudas, que el imputado en autos ejerció su derecho a declarar cuando lo creyó oportuno y ninguna consecuencia gravosa se puede extraer de ello.

5. - La misma suerte deben correr las consideraciones que se hicieran en la sentencia respecto de la teoría del caso de la defensa. No mucho más expresaré que lo manifestado por mi colega precedente en el voto, pero, debo remarcar, que tampoco ninguna consecuencia perjudicial para el imputado puede extraerse de la forma -errónea o no- en que su letrado dirige el proceso de litigación. Si "...Una buena teoría del caso es el verdadero corazón de la actividad litigante, pues está destinada a proveer un punto de vista cómodo y confortable desde el cual el tribunal pueda 'leer' toda la actividad probatoria, de manera tal que si el tribunal mira el juicio desde allí, será guiado a fallar en nuestro favor..." {Manual de Litigación en Juicios Orales A.

Baytelman - M. Duce; Versión borrador. Agosto, 2004), mal pueden extraerse consecuencias desfavorables de la técnica utilizada; a lo sumo vencerá la versión de los acusadores, en el caso que se apoye en evidencia producida en el debate, pero nunca puede transformarse en indicio de culpabilidad.

6. - Por ello, en definitiva, considero que los embates de la defensa sobre el punto central -más allá de las razones que lleva sobre los puntos anteriores- no pueden ser atendidos por cuanto de los testimonios recibidos en la audiencia -y escuchados por el suscripto desde el soporte de audio- surge sin duda alguna que los hechos se desarrollaron tal como lo han interpretado los jueces de la sentencia, en lo central, que el fallecido no portaba cuchillo alguno y, por ende, no agredió ilegítimamente ni a R. ni a su matador.

En efecto, la versión del imputado P., acompañado por la de su hermano R., quien arguye que el niño S. portaba un cuchillo con el que atacó al segundo lo que motivó que el acusado lo defendiera, no puede ser atendida por cuanto la prueba científica la descalifica y la testimonial la derrumba.

Coinciden S. (padre) y su esposa M. en punto a que luego de retirar a su hijo para que no pelee, ante la visita violenta del imputado, es R. quien acomete contra S. y que una vez en el piso -o ya vencido- es P. quien lo acomete cuchillo en mano en la zona inguinal (tal como la autopsia expresamente declama).

También S. declara en tal sentido cuando dice que G. peleó a las piñas con N., que el primero agredía y el otro se defendía, que N. se tropezó y que cuando estaba en el piso P. lo apuñala y salen corriendo, todo lo que coincide en lo sustancial, con los dichos de E. S.

Apontoca la versión de cargo, el testimonio en Cámara Gesel del niño M., sobre quien se volverá sobre el mérito de credibilidad que merece.

También es cierto que bajo el cuerpo sin vida de S. se encontró un caño de gas y que el cuchillo en cuestión fue secuestrado a dos metros de ese lugar, reconociendo S. que ellos se lo arrojaron a P. mientras huían.

9. - Que a mayor abundamiento, no debemos soslayar -tal como lo analiza el doctor O'Connor en su sufragio y explica acabadamente la Dra. Rodríguez- que aún admitiendo la existencia del cuchillo en manos de S., y con ello, una presunta agresión ilegitima de su parte, tampoco podría afirmarse la existencia del permiso del repertorio sustantivo.

Recuérdese que para que la acción típica -en este caso la muerte- se encuentre justificada en los términos planteados por el Sr. Defensor, esto es, legítima defensa de un tercero, es menester, amén de la agresión ilegítima y la necesidad racional del medio empleado, que no hubiera habido provocación suficiente por parte del tercero defensor o no "haber intervenido" en la provocación de quien se acude a defender.

Afirma Pessoa en este sentido: "...nuestra ley penal en su art. 34, inc. 7ª, consagra una especial modalidad con respecto al requisito de la "falta de provocación suficiente por parte del que se defiende"... En concreto el requisito funciona así: quien defiende a un tercer no debe haber provocado suficientemente al agresor (en esto es similar a la legítima defensa propia) pero -he aquí el dato peculiar del instituto- es posible que el tercero a quien se defiende haya provocado suficientemente al agresor injusto y ello no es impedimento para que sea legítima la defensa del tercero, a condición de que quien invoca el permiso (el defensor) no haya

participado en la provocación suficiente..." (Pessoa, Nelson; "Legítima Defensa"; Mave, 2001, pág. 242).

En el caso, sobradamente se ha demostrado por parte del Ministerio Fiscal, tesis que acoge la sentencia recurrida, que el día de los hechos son P. y R. quienes se constituyen en el domicilio propiedad de los padres de S. amenazando con "matar a todos"; que el primero de los nombrados portaba un cuchillo de grandes dimensiones - secuestrado bajo el número 21228/5-; que en el momento que el padre de S. retira a su hijo hacia el interior del domicilio, es el menor R. quien acomete contra S. y que, trenzados en lucha y ya este último en el piso, acomete P. con su cuchillo, ultimándolo.

Por lo tanto, se encuentra debidamente acreditado que P. provocó la agresión en primera instancia o -al menos- intervino en la de quien luego pretende defender. Por ello, evidentemente, de haber portado cualquier arma el luego occiso, tampoco se presentarían en el caso los requisitos objetivos del permiso invocado.

9. - Subsidiariamente, el Sr. Defensor solicitó oportunamente que analice el caso dentro de las mandas del art. 35 del Código Penal, esto es el exceso en el ejercicio del permiso legal. Bien ha dicho el Dr. Colabelli en su voto que "...para que exista exceso en la legitima defensa, debe concurrir primeramente la existencia de elementos constitutivos de la misma previstos en el art. 34, inc. 6 del Código Penal, es decir la agresión ilegitima, necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla y falta de provocación suficiente por parte del que se defiende..." y que "al no cumplirse con los recaudos básicos para estar comprendido en una causal de legítima defensa, tampoco corresponde afirmar que haya existido exceso..."

Evidentemente, para que exista exceso en la legitima defensa la acción típica debe comenzar siendo justificada -y luego- o por "extensiva" (continuar la acción cuando la agresión ya cesó) o por "intensivo" (acción desproporcionada respecto a la agresión), transformarse en antijurídica por no existir ya la racionalidad de la acción. Si se ha dicho que no existió el cuchillo en manos del occiso, y menos su utilización agresiva, mal puede presentarse exceso alguno.

No mucho más se puede decir sobre este punto. Como si fuera necesario me permitiré una breve cita: "El requisito de que se inicie justificadamente se desprende de que nadie puede exceder el limite de un ámbito en el que nunca ha estado" (Zaffaroni-Alagia-Slokar; Tratado, Ediar, 2000, Pág. 645).

11. - Se agravia también el Sr. Defensor de la evaluación que se hiciera de la declaración del joven E. M. puesto que el día anterior a su declaración especial (a tenor del art. 193 del ritual)
se le había leído su entrevista prestada ante el MPF.

A ello debe decirse, en primer lugar, que la regla general del sistema acusatorio solo considera como testigo a la persona que comparece al juicio a prestar declaración en la audiencia, para que pueda ser sometida al examen directo y, eventualmente, al contra examen de la parte contraria, no pudiendo ser sustituida su declaración por lectura de actas anteriores, todo ello para asegurar la protección de los principios de oralidad, contradicción, concentración e inmediación, entre otros (art. 3, CPP).

Así lo regula el artículo 193, que dice: "Cuando deba recibirse testimonio de menores de dieciséis años... el fiscal o el tribunal, según el caso y fundadamente, podrán disponer su recepción en

privado..., garantizando el ejercicio de la defensa (la cursiva me pertenece)",...procurándose... "obtener grabación o videofilmación íntegra del testimonio para su exhibición en el debate... (permitiendo) el control de la diligencia por parte del imputado y su defensor...".

En el caso, entiendo que, amén se habérsele hecho recordar al testigo los puntos centrales de su declaración anterior, la declaración en Cámara Gesel ha sido recepcionada en legal forma, asegurando la posibilidad que tanto la defensa como el imputado hubieran sugerido preguntas en dicho momento, pero no ahora, a las resultas de la evaluación de sus dichos, pretender la división de su declaración según las conveniencias de su teoría del caso.

Otro aspecto del problema, tratado por Baytelman y Duce ("Litigación Penal -Juicio Oral y Prueba-", 2004, Universidad Diego Portales), es que "la regla general de los testigos que una parte presenta a juicio es que ellos tengan una predisposición favorable respecto de la teoría del caso que esa parte sostiene, al menos en tanto la versión de ese testigo es, precisamente, consistente con la del abogado que lo ofrece como prueba...", "...precisamente porque la versión del testigo es consistente con la teoría del caso de la parte, es que esta decide presentarlo a juicio.... Decir, entonces, que todo testigo está en algún sentido comprometido con la versión por la cual viene a declarar no debe confundirse con que se trate de testigos de mala fe o dispuestos a mentir...".

De todo ello, debo colegir que no puede extraerse ninguna conclusión negativa -a priori- por el hecho que el Sr. Fiscal "refresque" la memoria del testigo, un día antes - y no dictándole la declaración en el acto mismo-, en un acto que contaba con la posibilidad de la efectiva presencia del defensor y el imputado,

en la que se podía contradecir y contraexaminar al declarante y luego, a posteriori, analizar su credibilidad intrínseca.

Por ello, en ese punto, también se ha de convalidar la decisión de los jueces del juicio.

10.- Por último, se agravia la defensa del monto punitivo impuesto por haberse producido la doble valoración de la de la edad de la víctima por considerar que "si se toma por un lado la juventud del occiso como parámetro de agravamiento y por el otro la mayor vulnerabilidad que precisamente esa juventud implica, se está cayendo precisamente en lo que se declama que es está evitando...

De la lectura de la sentencia de 29 de abril de 2013, integrante de la de culpabilidad, no encuentro razón alguna para que pueda sostenerse que se hubiere incurrido en doble valoración de elemento alguno y, menos aún, que la pena seleccionada sea arbitraria o que no se hayan dado suficientes razones para su imposición.

Del voto del Dr. O'connor se advierte que ha ponderado como agravante la edad de la víctima en cuanto a que se trataba de una persona "con toda la vida por delante y que ello supondrá en seguro sufrimiento de sus padres", ello como extensión del daño causado. Al principio de su voto toma en cuenta también la menor edad pero, junto a la circunstancia de encontrarse retrocediendo y en posición defensiva, pero para ponderar la mecánica de los hechos.

No encuentro entonces en su voto una doble valoración de los mismos hechos, sino que la misma circunstancia se enmarca en consideraciones distintas.

Asimismo se ha tenido en cuenta como atenuante la historia personal del condenado, su bajo nivel socioeducativo, la falta de figura paterna, todo lo cual ha hecho que del mínimo legal solo se subieran

tres años, lo que considero ha sido una resolución enteramente justa y apegada a las probanzas materializadas en la cesura.

Por su parte, el Dr. Colabelli tiene en cuenta el horario, el medio empleado, la edad de la víctima y su indefensión al tratar la naturaleza de la acción como agravantes, como, entiendo, la modalidad adoptada para cometer el delito; por otra parte, tiene en cuenta la menor edad, conocida por P., "lo que importó truncar prematuramente toda una vida por delante".
Explica acabadamente el votante —en posición que comparto-, que "no es valorar la edad dela victima dos veces sino bajo dos ópticas diferentes, el ilícito propiamente dicho y como la extensión del daño causado".

Por su parte, la Dra. Rodríquez solo tiene en cuenta la edad de la víctima en punto a la extensión del daño causado, por lo que no cabrían las críticas del defensor, dando exhaustivas razones por las que llega a los mismos guarismos que sus colegas, principiando con la pasividad de la víctima, la no resistencia al ataque y la nocturnidad.
Por todo ello, repito, debe confirmarse en este aspecto también la resolución impugnada.

13. - Respecto a los honorarios profesionales del Defensor Público, Dr. Bruno Deias y del Dr. D. S., por la querella, corresponde establecerlos en el 25% de lo regulado en primera instancia, conforme art. 13 de la ley XIII, N° 4, declarándolos a cargo del imputado G. F. P.

Así lo voto.-

En mérito a los votos que anteceden, la Cámara en lo Penal de la Ciudad de Esquel, por unanimidad,

FALLA:

1— **CONFIRMAR EN TODOS SUS TÉRMINOS** la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado, registrada bajo el Nro. 873/13, por la que se condena a G. F. P. a la pena de once años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29, 40, 41 del Código penal) como autor penalmente responsable del delito de Homicidio Simple (arts. 45 y 79 del Código Penal) por el hecho ocurrido en Esquel el 28 de abril de 2012, en perjuicio de N. S.

2- **REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. Bruno Deias -Defensor Público- y del Dr. D. S. -en su carácter de abogado de la querella, en el 25 % de lo regulado en primera instancia conforme art. 13 de la Ley XIII N° 4, los que se declaran a cargo de G. F. P., conforme art. 242 inc. 3 Del C.P.P. (ley 5817).

3- La presente es suscripta materialmente en este acto por la Dra. Carina Estefanía, mientras que el Dr. Alejandro De Franco y la Dra. Flavia Trincheri, remitieron su voto por correo electrónico con firma digital, que fue incorporado al cuerpo de este decisorio, sin perjuicio de su oportuna suscripción material (conf. Art. 331 in fine y 385, 5° párrafo del C.P.P)

4- Regístrese, notifiquese y oportunamente cúmplase.

Sentencia registrada bajo el Nro. 2032/13

Fdo. Carina Estefanía