En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los veinte días del mes de octubre del año dos mil catorce, los Jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Esquel integrada por los doctores Nelly Garcia, Víctor A. Sarquís y Carina Estefanía, con la presidencia de la magistrada nombrada en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"Provincia del Chubut c/ C. F. A. y otros " (Carpeta 2544 OJ Esquel - Legajo 23561 OUMPF Esquel)** , con motivo de la impugnación interpuesta por el Dr. J. M. Z. contra las Sentencias de Responsabilidad y Pena, registradas con los Nro. 1089 y 1285/ 2014. Son partes el Ministerio Público Fiscal, representado por el Fiscal General Dr. Martín Zacchino, el señor Defensor Particular Dr. J. M. Z. y el imputado F. E. M.

Y **RESULTANDO:**

El señor Defensor Particular Dr. J. M. Z., interpuso impugnación ordinaria contra las sentencia citadas, en representación de su defendido F. E. M., que lo condenara a la pena de cuatro años y medio de prisión efectiva, por el delito de Homicidio en Agresión - Arts. 45 y 95 del Código Penal- en el carácter de coautor, por el hecho ocurrido en Esquel el día 1 de diciembre de 2012, en perjuicio de A. M. U.

Se agravia, en primer lugar, de la incorporación como prueba del secuestro de las prendas de vestir de las víctimas en virtud que dicha actividad se realizó sin la correspondiente orden judicial.

Sostiene que: carece de legalidad; no fue solicitada con la autorización de un Juez; no se acompañó la orden del Juez de Turno; no existía urgencia; se vulnera el art. 161 del CPP.

En segundo lugar sostiene que la Prueba C, que contiene el Certificado de Defunción, en punto a las causales la muerte por ser una consecuencia de la autopsia realizada en dos oportunidades, sin que en ninguna de ellas, se lo notificara a su defendido ni al defensor.

Sobre el particular agregó que en la audiencia preliminar solicitó la nulidad de la autopsia y el Juez Penal, Dr. Javier Allende sostuvo que dicha prueba le "era inoponible".

En consecuencia, y aplicando las reglas de la doctrina del "Fruto del árbol envenenado", esta prueba deviene nula en punto a las conclusiones sobre las causales de la muerte.

Con la letra c) identifica el tercer agravio, y adelanta que el mismo está dirigido a lograr la declaración de nulidad de la

autopsia, aclarando que su desarrollo lo será a continuación del punto d).

Ataca las órdenes de allanamiento por considerar que carecen de motivación suficiente. Esto porque el Juez de turno coloca un sello de autorización sin motivación alguna.

Además refiere que en el momento en que se realizó el allanamiento no había morador en la vivienda y por esa razón no sé notificó a persona alguna del objeto de la medida.

Aclara que el objeto del allanamiento era la "detención, al solo efecto de realizarle una requisa y practicar el secuestro de las prendas de vestir".

Señala que si ese era el objeto, para que ingresar al domicilio, que inclusive no era el del imputado.

Por último, sobre esta prueba, indica que el testigo de actuación puso su dedo pulgar en lugar de firmar, circunstancia que indicaría la falta de instrucción, contraponiéndose ello con la constancia del acta en la que se consigna que era instruido.

Cita el caso Montenegro de la CSJN.

En el punto E) pide la nulidad de la pericia genética, pues vulnera las misas garantías constitucionales sobre los que apoya su planteo nulificante de la autopsia y del secuestro de las prendas de vestir con manchas hemáticas.

La sangre peritada fue sacada de una autopsia, que no pudo controlarse y las prendas de vestir sacadas de una vivienda, sin respetarse el objeto de la orden judicial y deficiente en su motivación.

En cuanto a los dos de los primeros agravantes considera que se trata de una doble valoración, pues ambos son requisitos del tipo.

Por último, refiere que el aumento de la cuantía con respecto a M., fue porque su participación fue mayor, todo sobre la base de los testimonios, que en nada coincidieron de cómo se desarrollaron los hechos. Los jueces tomaron algunos tramos de sus relatos como ciertos y sobre ellos endilgaron la supuesta ferocidad a su defendido, cuando en todo momento el que más habría golpeado habría sido el tercer imputado, menor de edad, condenado a Homicidio Simple, mediante el procedimiento del juicio abreviado.

Por ello solicita la reducción de la pena y la aplicación del mínimo legal. Formula reserva de interponer recurso extraordinario provincial y federal.

El fiscal general Dr. Martín E. Zacchino, contestó el emplazamiento y respecto de la nulidad del acta de secuestro de

prendas de la víctima, señaló que ello fue cumplido correctamente en el marco de los arts. 118, 119 y 120 del Código de Rito.

En cuanto al certificado de defunción, sostuvo que si bien se destaca el óbito violento por severo traumatismo craneal, este es advertido de visu, ya sea por los médicos o por cualquier otra persona. Tal es así que el Sub Comisario M. R., fotografió el cuerpo de la víctima y se expidió en el debate sobre el mismo, sin ser médico.

Respecto de la nulidad del protocolo de autopsia, comienza diciendo que independientemente de la confusa resolución del Juez de la etapa preliminar, lo cierto es que la prueba fue incorporada, controlada y valorada por el Juez.

Sostiene que la autopsia no fue declarada nula, porque no lo es. El juez la entendió inoponible. Y luego de esa decisión el defensor no realizó actividad - alguna para sostener esa inopobilibilidad Agregó que más allá de algún protesto, interrogó al perito y en el alegato de apertura se refirió a la autopsia.

Agregó que el defensor debió solicitar el juzgamiento individual de su pupilo y no lo hizo. En definitiva, su decisión debe entenderse como un modo de saneamiento.

Con respecto a la nulidad de las ordenes de registro domiciliario cumplimentadas en la vivienda de sus asistido en virtud de carecer de fundamentación suficiente y por haber sido cumplimentadas de modo anómalo. Aclara que su queja se apoya en el sello colocado por el Juez Penal, sin embargo, la remisión al pedido fundamentado del Fiscal, es aceptada como válida. Cita jurisprudencia de la CSJN.

Además el ingreso por la ventana abierta a la vivienda sin sus moradores no contraria la orden, que habilitaba el uso de la fuerza pública.

En relación a la pericia genética el resultado fue mayor al 99.99 por ciento de compatibilidad entre la sangre de U. y la hallada en el pantalón de M., secuestrado en su domicilio. Además si la autopsia ni el allanamiento son nulos, no hay posibilidad de aplicar la teoría del fruto del árbol venenoso. También existía un cauce independiente, toda vez que podía compararse la sangre de U., utilizando para ello, las prendas de vestir que se le secuestraran en el hospital.

Finalmente, rechaza que la sentencia sea arbitraria o ilógica, en punto a la determinación de la autoría. Lo mismo apunta respecto de la pena impuesta, aunque dejando a salvo la reserva realizada oportunamente, pues no comparte el cambio de

calificación que efectuara el Tribunal de Juicio, optando por la figura del Homicidio por Agresión.

En la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, ambas partes se remitieron a los argumentos de sus escritos, ampliando la motivación.

Concedida finalmente la palabra a la víctima y al imputado, ambos señalaron que no tenían nada para decir.

Y RESULTANDO:

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329 del CPP.) se estableció el siguiente orden de votación: en primer término la Dra. Carina Estefanía, en segundo lugar el Dr. Víctor Sarquis y finalmente la Dra. Nelly García.

Dicho todo esto el recurrente titula su segundo agravio: Incorporación de una prueba inoponible decretada por el Juez de la preliminar de la causa.

Comienza su relato con la descripción del hecho, por el cual se encuentra acusado M., destacando que el Fiscal consideró que su pupilo junto a S. y a C. procedieron a propinarle a la victima distintos golpes, preponderantemente puntapiés en la zona de la cabeza y algunos golpes de puño, en forma incesante y hasta lograr darle muerte, la que se produjo por severo trauma de cráneo.

La acusación fundamentalmente se apoya en los testigos del hecho y en la operación de necropsia. Esos son los dos pilares bases del MPF, encargado de llevar adelante la investigación de manera objetiva y así llegar a la verdad fáctica.

Respecto de la autopsia -el segundo pilar- comenzó explicando que el propio fiscal reconoció que en virtud de que la primer autopsia no fue notificada a la defensa, se ordenó una segunda y que en esa oportunidad se notificó a la Defensa Pública, más no al Dr. Z., para entonces ya designado como abogado defensor de M.

Si bien el Juez de la audiencia preliminar había declarado la inoponobilidad de dicha prueba a M., el Tribunal consideró que no había un agravio concreto y que entonces no había razón alguna para no valorar la pericia.

En todas las instancias, al igual que en esta, señaló que la falta de notificación me imposibilitó el control de la pericia, de designar un perito de parte, de proponer nuevos puntos de pericia, que permitieran confirmar o descartar el resultado de la autopsia. Por ejemplo el grado del alcohol en sangre, si las lesiones no podían ser anteriores, si la lesión

que lo hacia minusválido era producto del estado de ebriedad, etc.

Agrega que el exceso de confianza del profesional actuante deja un centenar de dudas que no pueden ser desechadas. La segunda autopsia, además de tener por objeto subsanar la falta de notificación de la primera, tuvo por finalidad agregar las fotografías que no se incorporaron en la primera.

Esa omisión, a su criterio, forma un manto de duda si se realizó como debía ser o se limitó a un informe profesional, como dice el viejo adagio a ojo de buen cubero.

Refiere finalmente que es responsabilidad del profesional respetar el protocolo de autopsias. Y en el caso fue obviado.

Cita jurisprudencia y concluye que estamos ante una investigación irregular.

Por último y como tercer agravio,- sostiene que la sentencia carece de motivación lógica en los fundamentos vertidos para determinar la autoría.

Comienza diciendo que los tres testigos oculares se contradicen entre si. Discrepan en que estuvieron en el boliche o no, lo cual fue reconocido por el Dr. Jorge Criado en su voto, cuando concluye que estos testigos han concordado en describir el hecho que tengo por probado, sin embargo debo señalar que sus narraciones presentaban aristas discordantes verdaderamente destacables.

Se pregunta si los testigos ni siquiera recuerdan si estuvieron o no, como pueden recordar con exactitud quien le pegó y cómo.

No pudieron decir como fue la pelea, son relatos imprecisos y acompañado ello a la falta de determinación del nexo causal, debe absolverse a su defendido.

Solicita la aplicación del beneficio de la duda.

Por último respecto de la pena, señala que no es razonable y se viola el principio de igualdad ante la ley. Considera que se ha fijado el monto de la condena de manera arbitraria.

Subsidiariamente, solicita que se reduzca el monto de la pena, pues se le impuso a su defendido justo un cincuenta por ciento más que al señor C.

Los agravantes considerados fueron la pluralidad de sujetos, el trato agresivo que tuvieron los autores del hecho para con la víctima y la vulnerabilidad por el hecho de estar

Se plantearon las siguientes cuestiones a resolver: 1ra) ¿Existen nulidades de previo y especial pronunciamiento? 2da.) ¿Se verifican nulidades producidas en el debate o respecto a la incorporación de elementos de prueba? 3ra.) ¿Se ha producido una errónea o arbitraria valoración de la prueba producida en la audiencia, determinantes en la autoría endilgada? 4ta.) ¿Resulta procedente el monto de la pena realizada? 5ta.) ¿Qué fallo corresponde emitir?

La Dra. Carina Estefanía dijo:

Comenzaré señalando que en virtud del análisis realizado en la deliberación y de la decisión que adoptará este Tribunal en la presente sentencia, invertiré -al igual que mis colegas- el orden de los agravios de la parte recurrente, comenzando por la queja mediante la cual se pretende la declaración de nulidad de las autopsias - evidencia D - incorporada al debate con la declaración del Dr. D. R. y valorada por el Tribunal de Juicio en su decisión final.

El sinuoso camino procesal por el que ha transcurrido dicha actividad probatoria me impone, más allá de las citas que podrán realizar mis colegas, efectuar un prolijo análisis, que necesariamente se retrotrae al inicio del proceso, a pocas horas del fallecimiento de A. M. U., alias "e. f.".

Conforme lo declaró el Sub-Comisario R. M. R., el día 1 de diciembre de 2012, fue requerido por el Jefe d la Comisaría de San Martín, por un hecho de homicidio. Ya en el lugar del hecho, observó a una persona de cubito dorsal, que a simple vista se observaba que emanaba sangre por la nariz, que se encontraba fracturada, y un hematoma en el ojo izquierdo (Ev. F).

El cuerpo fue trasladado al Hospital de San Martín, y allí el Dr. M. B. a las 04.30 horas constató la muerte de U. (Evidencia C). En dicho lugar se procedió al secuestro de sus vestimentas, tarea que estuvo a cargo del Sub Comisario J. L. M. (Evidencia B)

El sub Comisario R., presente en dicha diligencia, procedió a la toma de fotografías del cuerpo ya desnudo, sobre algunas lesiones observadas a simple vista, tales como las lesiones en el codo y antebrazo izquierdo, con excoriación y pequeño hematoma y en el codo derecho un hematoma. Asimismo, presentaba un pequeño hematoma en mano izquierda, en la zona del nudillo del Índice y finalmente las lividece que tenía en la espalda (evidencia F).

De allí, el cuerpo habría sido trasladado a la Morgue Judicial de Esquel, y a las 15 horas, del sábado 1 de diciembre de 2012 -según consta en la Evidencia D- el médico forense Dr. D. R., le habría realizado la primer autopsia, en la que concluyó que se observaba un hematoma y tumefacción en pómulo y ambos parpados del ojo izquierdo y hematoma y tumefacción y herida contusa en pabellón auricular derecho. En el examen interno advierte hematoma de la calota a nivel de la región temporal derecha y abierta la misma, se retiran las meninges y se observa gran hemorragia, en ambos hemisferios, que inundaba la masa encefálica.

Concluye que las lesiones que presenta el cráneo revisten entidad suficiente para causar la muerte y luego informa haber realizado la apertura sub mentopubiana sin observarse ningún dato positivo. Concluye que la causa de la muerte es un severo trauma de cráneo.

Días más tarde, el 10 de diciembre de 2012, y por iniciativa del propio Fiscal General Dr. Martín Zacchino, se ordena una segunda autopsia, para lo cual solicitó al Juez Penal la exhumación del cadáver, toda vez que se había constatado que aquella primer autopsia, antes referida, no había sido notificada a la Defensa Pública en los términos de los arts. 169, 198, 204 y 207 del CPP, ni personalmente ni a través de la OFIJU. (SJ12669)

Consideró el representante de la vindicta pública que el transcurso del tiempo podía complejizar la investigación, por la descomposición del cadáver y a fin de evitar planteos invalidantes, era necesario reeditar la operación necrósica.

Así fue que en la misma fecha la Sra. Juez Penal Dra. Anabel R. autorizó la exhumación y el martes 11 de diciembre de 2012, el Dr. R. C. ordenó que se practique una autopsia completa, metódica e ilustrada y requirió como puntos periciales que se establezca la etiología, ubicación y características de las heridas, la data de la muerte, y se proceda al secuestro y preservación de rastros e indicios y a la toma de muestras para la realización de estudios complementarios. Se fijo el lugar, la fecha y hora y se notificó a la Defensa Pública.

Vale aclarar, que para entonces el imputado F. E. M. había designado defensor particular al Dr. J. M. Z., y lo había realizado mediante presentación de escrito ante el MPF, el día 4-12-12 a las 11.40 horas. (copia de fs. 55 NIC)

Vale decir entonces que la segunda necropsia se realizó, previa notificación a la Defensa Pública, omitiendo en esta oportunidad la notificación al defensor particular ya designado y este es el episodio sobre la cual la defensa apoya su agravio, en el entendimiento que tal omisión, implica una violación a garantías constitucionales elementales, tales como el debido proceso y la defensa en juicio (art. 18 CN).

He mencionado en diversas oportunidades que con relación a la prueba, interesan tres momentos, durante todo el proceso. El primero de ellos, tiene lugar en la EPP, cuando se ordena su producción. El segundo, cuando se solicita su incorporación como medio probatorio para el juicio y por último su producción en el debate, oral y público.

El CPP regula cada oportunidad en forma genérica, asentando principios básicos - de índole constitucional- que actúan a modo de un paraguas protector y luego contiene normas específicas para cada caso particular, claro está, en consonancia con aquellos principios.

En el caso de las Autopsias, el artículo 207, nominado Exámenes Médicos y Autopsias establece que "En los delitos en que fuere necesaria la realización de exámenes médicos y/o autopsia para la determinación del hecho punible, el fiscal podrá ordenar que éstos sean llevados a efecto por el Servicio Médico Legal o por cualquier otro servicio médico; co notificación a la Oficina Judicial para su correspondiente notificación a la defensa".

Sabido es que existe otra norma procesal mediante la cual se regula la realización de otras medidas, ya sea por su carácter definitivo o irreproducible, que deben efectuarse durante la EPP (art. 279). En ese caso, más allá de la necesaria intervención del Juez Penal, salvo acuerdo de partes, para autorizar o no la medida, que no rige para el caso de las autopsias, se establece que se debe notificar a la defensa.

Luego en el art. 280 se establece que "Cuando no se hallare individualizado el imputado o si alguno de los actos previstos en el artículo anterior fuere de extrema urgencia, las partes podrán requerir verbalmente la intervención del juez penal y éste, motivadamente [artículo 25, I], ordenará el acto con prescindencia de las comunicaciones previstas, solicitará la designación de un defensor público, en su caso, para que participe y controlará directamente el acto". En un párrafo siguiente, el mismo artículo, cita expresamente que rige el

artículo 9 del CPP, el cual en consonancia con el Art. *44* de la C.P.CH. y del art. 18 de la CN, menciona que "Es inviolable la defensa del imputado y el ejercicio de sus derechos, desde el inicio del proceso hasta el fin de la ejecución de la sentencia".

Por último el Art. 26 del CPP, regula la *Legalidad de la Prueba* para lo cual dispone que los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por medios lícitos e incorporados al juicio del modo que autoriza este Código, con cita a los arts. Artículos 46 y 48, C.Ch.

Luego de este adelanto sobre las normas procesales y constitucionales en juego, voy a referirme en primer lugar a la naturaleza jurídica de la autopsia, en el sentido de que se trata de una prueba pericial médica, y como tal también se le aplican los arts. 195 y ss., en cuanto a la posibilidad de la parte de designar su perito, ya sea simplemente para controlar o para ejercer el derecho de solicitar puntos periciales distintos a los de los acusadores e inclusive de emitir un informe final distinto al que emitan los peritos del MPF o de la querella.

Vaya si se ha discutido si la autopsia es o no una medida irreproducible, pero basta con el presente caso para poder afirmar, que se trata de una medida que puede realizarse tantas veces como se desee, siempre que no desaparezca el cuerpo.

Sin embargo, no es la posibilidad de su repetición indefinida, la característica que transforma a la autopsia en una medidas de aquellas que hemos denominado irreproducibles o definitivas. Pues lo que es irrepetible es lo que se encontrará en ella. Es que el simple transcurso del tiempo, opera en detrimento de esta medida de prueba, pues la descomposición que se produce en el cuerpo, impide que existan autopsias idénticas, más allá, que algunas lesiones, como la de los huesos puedan ser constatadas, inclusive años más tarde.

Pero aquellas lesiones que se producen en los tejidos blandos, difícilmente puedan ser descubiertas en el modo en que lo fueron en la primera autopsia, a escasas horas del hecho.

Lo dicho, no es ni más ni menos que aplicación pura de las reglas de la lógica, la máxima experiencia y sentido común. Agrego. Las mismas reglas que utilizó el MPF, para ordenar la segunda autopsia.

Sentado ello, no cabe más que concluir que la autopsia debió ser notificada a la defensa particular ya designada, pues en ese caso no opera la garantía subsidiaria prevista en el art.

280 del CPP, mediante la cual se resguarda el derecho de defensa, en casos excepcionales, mediante la notificación a la defensa pública.

Ahora bien, ¿cuál es la consecuencia fáctica y jurídica de esa omisión?.

Ya sabemos que la defensa pide la nulidad y el MPF, rechaza esa posibilidad, en el entendimiento que si existió un defecto de forma, la propia parte recurrente lo ha convalidado, produciéndose una especie de saneamiento.

En el caso particular, hemos observado la perseverante actividad del recurrente dirigida a su objetivo, cual era lograr la exclusión de la necropsia del cuadro probatorio ofrecido por el Fiscal en la oportunidad de formular la acusación pública. Asimismo solicitaba la nulidad de todos aquellos actos que fueran su consecuencia, tales como el certificado de defunción firmado por el Dr. R., luego de realizar la autopsia y la pericia genética comparativa, entre la sangre que se le extrajera a U. en la operación de autopsia y las manchas hemáticas de las prendas de vestir de M.

Es unánime la jurisprudencia local y provincial, en el sentido de rechazar cualquier planteo nulificante durante la EPP y previo a la audiencia preliminar, -más allá de su acierto o no- con el argumento de que la "evidencia" solo adquiere relevancia cuando el Fiscal decide utilizarla como tal, ofreciéndola al formular la acusación pública y de ese modo habilitar su producción en el debate, donde se convertirá en prueba y podrá ser valorada por el Tribunal al dictar la sentencia.

Por ello, es correcta la decisión del Defensor de plantear la nulidad en la audiencia preliminar. Oportunidad en la que sostuvo que las dos autopsias eran nulas, porque en ninguna delas dos ocasiones fue notifica realización, circunstancia que le impidió ejercer el derecho de defensa y de contradicción. Concretamente, adujo, en primer lugar la sola imposibilidad de controlar -actividad que tiene relación con el principio de contradicción sobre el que me expediré más adelante-, de ofrecer perito de parte y ampliar los puntos periciales. Consideró que el certificado de defunción y la pericial genética eran consecuencia directa de ello y entonces, también ser declaradas nulas.

El Fiscal reconoció la falta de notificación a la defensa de M. en ambas oportunidades, pero rechazó el planteo en el

entendimiento que la Defensa no mencionaba un agravio concreto. Inclusive,reconoció que la segunda autopsia fue por decisión del propio MPF, al advertir la falta de notificación de la primera y que ello, más el perjuicio para la investigación que puede ocasionar el transcurso del tiempo, se ordenó inmediatamente una segunda necropsia, previo requerimiento de autorización de la exhumación al Juez Penal.

El Dr. Javier Allende, Juez Penal a cargo de la audiencia preliminar, resolvió en esa instancia procesal que la nulidad funciona como garantía cuando el derecho no ha sido respetado, y priva a los actos de sus efectos. En el caso de M., la circunstancia de no haber sido notificado de ninguna de que las dos pericias, lo diferencia del resto de los coimputados, toda vez que "lo que si debe tenerse presente en el caso de nunca pudo ofrecer un perito de su parte, nunca pudo impugnar los puntos de pericia de la contraria, ni tampoco nunca pudo ofrecer los puntos mismos ordenada por la fiscalía. Esto nunca lo pudo hacer. De esta manera lo que sí ocurre a su respecto es que nos encontramos con una reiterada imposibilidad de control de la prueba de cargo, y una imposibilidad de ofrecer prueba de su parte en un aspecto que era atinente y esencial en este juicio por homicidio agravado. En definitiva a su respecto no pueden serle opuestas las conclusiones de las pericias realizadas porque una y otra vez se afectó su derecho a control de la prueba de cargo y producción de prueba de su parte, sin subsanación posible en esta instancia, y sin consentimiento alguno. Entonces la nulidad se decreta, no por el modo en que se realizó el trámite, es decir por la sola falta de notificación, sino porque el modo en que se realizó, le impidió a la parte reiteradamente el control de la prueba y la producción de prueba de su parte para su mejor defensa, y esto afectó sin dudas, a criterio del suscripto, el artículo 18 de la CN, los artículos 44 de la Const. Pvcial. Y también el artículo uno y concordantes del CPP".

La claridad de su resolución, perdió contundencia, toda vez que luego, al dictar el auto de apertura del juicio oral, admitió dicha prueba, sin diferenciar la situación de M. con relación a los demás.

Ello provocó que la defensa interpusiera una aclaratoria y luego, hiciera reserva de solicitar la nulidad al comienzo del debate.

Así fue que la Dra. F., codefensora de M., al interponer la aclaratoria solicitó al Juez le aclare como operaría esa autorización para la producción de la prueba en el debate respecto de M., si previamente había decidido que las conclusiones de la autopsia no le podrían ser opuestas, "porque es nula". Refirió el magistrado que se trataba de una cuestión *sui generis,* pero confirmó que la prueba se producirá. Por ello la defensa hizo la reserva correspondiente.

Para mayor confusión, nótese que el acta tampoco es fiel a la resolución adoptada en la audiencia, pues no se registró la declaración de nulidad en dicho instrumento y en el punto 3, se escribió "En cuanto al imputado M., no pueden serle opuestas las conclusiones de la pericia de la autopsia debido a que se le impidió ejercer su mejor defensa (arts. 18,44, 1 y cctes. del Código Procesal Penal)

En definitiva no había quedado claro como haría el Tribunal para juzgar a diferentes imputados con diferentes plexos probatorios. Aclaro, que todo este devenir importa, además, porque el Fiscal pretende construir una suerte de convalidación o saneamiento de la nulidad de las autopsias a partir de la actuación de la defensa.

Señalo en esta instancia dos cuestiones. Efectivamente, la nulidad decretada, generó una situación "sui generis, como la definió el Juez. Sin embargo, el magistrado se queda a mitad de camino, porque si mediante su decisión que nulificaba una prueba sólo respecto de un imputado, como ordenador del proceso, le correspondía resolver sobre las consecuencias procesales de su decisión, y ordenar ‘la división del juicio, pues como el propio Fiscal lo ha reconocido, es imposible que un Tribunal, pueda juzgar a dos personas con distintos cuadros probatorios. Una vez que ingresara al intelecto del Juez, el conocimiento del resultado de la autopsia, no habría posibilidad alguna que prescindiera de este al analizar la prueba remanente.

Aclaro, que si bien la defensa, con poca claridad y precisión, intentó provocar esa decisión, cuando interpuso la aclaratoria al final de la preliminar, fue allí donde el Juez reiteró la admisión de la prueba y la "inoponibilidad" de esas conclusiones respecto de M.

Ello hecha por tierra la postura Fiscal, que pretende atribuirle a la defensa una conducta pasivamente convalidante. En todo caso, es deber constitucional del MPF - y no de la defensa- velar por la legalidad del proceso.

Además, es la propia defensa la que requiere al Tribunal de Juicio, al inicio del debate, mediante una suerte de aclaratoria, resuelvan como harían para juzgar a su pupilo, en virtud a que el Juez de la Preliminar había declarado la "inoponibilidad de la autopsia" respecto de M., pero había aceptado su producción, en razón de que la misma no era nula para los demás imputados. La pregunta concreta era como harían para no contaminarse con las conclusiones de la autopsia. Finalmente preguntó, como harían para dividir el juicio y juzgar a cada imputado con cuadros probatorio distinto.

El Tribunal de Juicio le requirió a la parte que efectúe un planteo concreto. A ello, el defensor le respondió que si la prueba es nula para su defendido, como la declaró el Juez de la EPP y no para los demás imputados, el Tribunal le debe decir cómo va a ser incorporada y como harán para no valorarla cuando juzguen a su defendido.

El Vocal del Juicio, Dr. Jorge Criado, intervino y le dijo al defensor que su planteo fue denegado en la audiencia preliminar y le hace saber que en todo caso lo que puede realizar es pedir la revisión de la decisión del Dr. Javier Allende.

Ante ese requerimiento, la defensa volvió a plantear la nulidad de las dos operaciones de autopsia, por falta de notificación. Y aclaró que esta omisión, concretamente, le impidió designar un perito de parte y requerir otros puntos de pericia. Solicitó se extienda el planteo de nulidad a la declaración del Dr. D. R., citado como testigo, al certificado de defunción expedido por el mismo profesional en cuanto a las causales del óbito y de la pericia genética, por ser consecuencia de esta.

Entiendo aqui, que se colocó a la Defensa del imputado, en una embrollada situación, pues el Tribunal, estaba dando por sentado que la autopsia había sido admitida respecto de M., cuando ello no había ocurrido. Es probable que el Tribunal haya caído en el error al dar lectura del auto de apertura del juicio oral, que como dije nada decía al admitir la pericia, respecto de la nulidad decretada.

En esa circunstancia, la defensa no tuvo más remedio que reeditar su planteo nulificante.

Esta petición indujo a que el Dr. Martín Zacchino hiciera un racconto fiel de lo ocurrido, con excepción a la afirmación que de que "el Dr. Allende no decretó la nulidad, sino que en

relación M., no le iba a poder ser oponible". (Ya vimos que ello no fue así) Continuó diciendo que se introdujo una circunstancia de valoración probatoria que el Fiscal no lo ofreció para acreditar la autoría, sino las causales de la muerte. Consideró que se trataba de un planteo de nulidad por la nulidad misma, porque no existía un agravio concreto.

Agregó el Fiscal que el pedido de Z. es de cumplimiento imposible pues el Tribunal deberá observar la totalidad de la prueba, y "no podrá soslayar las conclusiones médicos forenses que se extienden en torno de esa autopsia. Y esa autopsia seguramente nos va hablar de cómo ocurrieron los hechos".

El Tribunal de Juicio, lejos de echar luz sobre lo ocurrido, comenzó diciendo que "el Dr. Allende en su preliminar del 18 de diciembre de 2013, rechazó los planteos de nulidad y estableció una oponibilidad respecto de M. Continuó diciendo, que el Dr. Z. no planteó un agravio respecto de actividad pericial. Consideraron que el Dr. Z. no explicó qué actividad se le impidió realizar, citando como ejemplo que hubiese solicitado ampliar los puntos de pericia.

Un paréntesis. Yerra el Tribunal, porque el defensor, tal como lo citó ut supra, al definir su agravio, habló, justamente, de la imposibilidad de designar perito de parte y de solicitar otros puntos de pericia.

Por esa razón consideró el Tribunal que el planteo nulificante debía ser rechazado pues se trataba de un pedido de nulidad por la nulidad misma y se le aclaró que "más allá de la oponibilidad o no resuelta por el Dr. Allende, producida en su totalidad la prueba, es facultad exclusiva de este cuerpo valorarla".

El Dr. Jorge Criado, emitió su voto en forma personal, y sostuvo que declarada la validez la prueba por parte del Juez de la audiencia preliminar, - como ha ocurrido en el caso- este no puede resolver sobre la oponibilidad o no de la misma. Por que ello ya es facultad propia del Tribunal de juicio y reiteró que no se observó un perjuicio concreto.

Después de ello, era lógico que los jueces valoraran las pericias necrósicas, incorporada al debate, mediante la declaración del Dr. R. Así lo hicieron y fue utilizada para establecer las causales de la muerte, tal como lo propuso el MPF.

Recorrido este largo camino, no hay dudas que la prueba pericial, al momento de su producción, se efectuó sin

posibilidad de control de la defensa, impidiendo ello cualquier actividad procesal de esa parte. Que luego, si bien fue nulificada en la audiencia preliminar, se ordenó su producción en el debate y se dispuso la inoponobilidad respecto de M., en el entendimiento que ello sería suficiente, a la hora de garantizar el debido proceso.

Más tarde, ya en el juicio, se dejó sin efecto la nulidad decretada y la inoponibilidad dispuesta por el Juez de la preliminar y se aceptó su producción y posterior valoración.

El derecho de defensa en juicio se vincula entonces con el principio de contradicción o de bilateralidad, considerado como una garantía de los ciudadanos incluida en la más genérica del *"debido proceso" o* de la *"inviolabilidad de la defensa en juicio".*

El prestigioso jurista Bidart Campos ha dicho que, en un sentido lato, las garantías son el conjunto de seguridades jurídico-institucionales deparadas al hombre; y las mismas existen frente *al estado*, en cuanto son medios o procedimientos que aseguran la vigencia de los derechos. La Constitución, entonces, garantiza a las personas el debido proceso y la bilateralidad en el proceso. Conforme se ha dicho, resulta claro que esta garantía se encuentra en las bases mismas de la idea de proceso; es un elemento fundamental del "proceso justo".

En el caso de los anticipos probatorios, que se producen en la EPP, porque su producción no permite su realización en el debate, tal como sucede con la autopsia, el principio de bilateralidad o contradicción se traslada a ese momento procesal, pues no se salva con la posibilidad de interrogar al perito cuando este declare en el debate y de ese modo se incorpore la prueba producida con anticipación. En definitiva, se debe permitir el derecho a refutar en el momento en que se esta adquiriendo la información que luego se reproducirá en el debate mediante el testimonio del perito.

"La declaración prestada en el debate por el médico forense sobre la pericia efectuada 'de la cual hace mérito la sentencia, carece de validez como testimonio. Esto se debe a que la deposición del perito en el debate, en su carácter de tal, sobre la operación técnica efectuada, carece de autonomía. Si la pericia es nula, como sucede en el caso, no se la puede convalidar introduciendo indirectamente su contenido a través de las declaraciones de los peritos que intervinieron en su producción, pues, en caso contrario se tornaría ilusorio el fin

que la ley persigue rodeando a la prueba pericial de ciertas formalidades, cual es garantizar la defensa del imputado, porque la nulidad emergente de aquella podría ser eludida mediante la introducción de tales declaraciones". (Tribunal Superior de Córdoba, Id Infojus: FA88160089)

Además, debemos tener claro que la vigencia de este principio no exige la efectividad de su ejercicio, es decir, no exige que necesariamente deban intervenir todas las partes para que tenga validez la actuación procesal, lo que resulta imprescindibles que se les haya dado a las partes oportunidad razonable de intervenir de conformidad a las leyes procesales, que constituyen la reglamentación de la garantía de la defensa en juicio.

Y si la parte no utiliza la posibilidad que se le brinda, el procedimiento sigue su curso. En ese sentido dice Clemente Díaz que el Derecho Procesal garantiza al justiciable la posibilidad de ejercitar su defensa, no la defensa misma, y de ahí la *eventualidad de la contradicción o controversia*. Y cita a continuación lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido, que el principio de contradicción sólo importa que el litigante debe ser oído y encontrarse en condiciones de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales, pero no exige la efectividad del ejercicio de ese derecho, ni impide la reglamentación de la defensa en beneficio de la correcta substanciación de las causas. Como destaca Guasp, el principio de contradicción constituye una pura posibilidad y no una real actualidad: no se trata tanto de que las partes se contradigan de hecho cuanto de que cualquiera de ellas tenga la posibilidad, que puede desaprovechar o no, de contradecir. (DÍAZ, Clemente: "Instituciones de Derecho Procesal", Parte General, Bs. As., Abeledo-Perrot, tomo I, 1968, pág. 214. GUASP, Jaime: "Derecho Procesal Civil", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, tomo I, 1968, pág. 172).

Este principio está presente en todo el trámite del proceso y en todas las instancias que puedan componerlo, entre las cuales se encuentran los momentos de la producción de las pruebas propias como en las ofrecidas por la contraria.

La denegación a una parte de la posibilidad de ejercer el contradictorio, constituye un vicio del procedimiento, que puede determinar la declaración de nulidad si se hace el planteo respectivo. Dice Clemente Díaz - en la obra antes citada- que

para restituir la garantía del contradictorio, el legislador ha consagrado la teoría de las nulidades procesales, que reposa, precisamente, en el principio de lesión de la bilateralidad.

Es cierto que no siempre es suficiente para proclamar la exclusión de la base probatoria de la prueba de cargo que su defensor no haya podido controlar, o porque haya sido obtenida mediante afectación a garantías constitucionales.

No puede aplicarse automáticamente un rótulo descalificador de la validez sin previamente evaluar puntualmente en cada caso el tipo de pericia y la clase de determinación a que se aspira, como también en su caso las posibilidades científicas de lograr a posteriori, con igual o distinta metodología, el resultado apetecido.

Por un lado, en mi parecer no puede aplicarse el sello de irreproducible o definitiva, salvo que medie la imposibilidad absoluta de repetir la experticia, verbigracia, por desaparición del material sometido a estudio o porque sólo en el momento de practicarse se podía lograr la determinación científica relevante para perfilar un estado.

En el caso, ya a los quince días el cuerpo presentaba un importante grado de descomposición, pero que a pesar de ello, le habría permitido constatar al forense, al menos, las lesiones que había observado en la primera autopsia. Sin perjuicio de ello, queda para mí sin responder la siguiente pregunta ¿un perito distinto al que intervino la primera vez, hubiera podido llegar a la misma conclusión o será, como lo sugiere el Defensor, que en la segunda autopsia el perito llegó a las conclusiones por su conocimiento previo?

Por otro lado, es cierto que a la parte interesada se le puede exigir la demostración del perjuicio, pero la exigencia no puede ir más allá, a punto tal de demandarle que requiera se repita la producción de prueba de cargo, por no haberse respetado sus derechos.

Adelanto que no estamos ante una especulación con el sentido formalista del ordenamiento derogado, y sobre el que hemos advertido que eso ya es historia. Por el contrario, ha quedado demostrado que el control pericial reclamado era parte esencial del ejercicio del derecho de defensa, y no soslayo que además se trata de una pericia relevante para el tipo de delito que se le imputa.

El propio Juez de la audiencia preliminar lo reconoció. No se trata de cualquier elemento de prueba, sino de la autopsia en un homicidio agravado por alevosía.

Entonces, es importante, traer a este punto, el interrogatorio que el Defensor de M. le realizara al médico forense en su declaración en el debate, previo dejar sentada su postura y recordar que había hecho reserva de recurrir la decisión que ordenara la incorporación de la pericia mediante la declaración del profesional. Lejos de convalidar alguna actividad procesal previa - como pretende el Fiscal se considere esta decisión del defensor, el mismo estuvo dirigido a probar el agravio.

Destaco su actuación, pues si el Tribunal de Juicio al comienzo del debate, luego de imponerle que reedite un planteo, sobre el cual había obtenido una decisión favorable, le rechaza la nulidad por no haber demostrado el agravio, esta era la oportunidad más clara que tenía para poner en evidencia la afectación real al ejercicio de sus derechos que le había producido que no le dieran la posibilidad de controlar la prueba que se estaba incorporando con la declaración del perito.

Para ello, el Dr. Z. lo interrogó al profesional sobre el modo en que había realizado las dos autopsias y específicamente le preguntó si había cumplido con los protocolos, obteniendo como respuesta que "no", reconociendo inclusive que en la primera oportunidad no había tomado fotografías.

En lo demás el perito le informó que el protocolo a seguir impone que la autopsia debe ser completa, metódica, sistemática e ilustrada.

Me pregunté entonces que contenían esas características, para lo cual acudí a bibliografía especializada. Allí, se sostiene que como ya lo preconizó *Roussy y Ameuille,* las autopsias deben ser: a) sistemáticas: se debe seguir un orden preestablecido evitando obviar alguna parte del cuerpo, b) completas: debe examinarse por fuera y por dentro sin menospreciar ninguna región topográfica; c) metódicas: se debe contar con un método o técnica habitual que cumpla con los requisitos anteriores, la que puede modificarse según las circunstancias y d) Ilustradas: esto permite documentar lo que se ha relatado en el protocolo de autopsia, y será un método de exposición complementario que ayudará a entender con mayor claridad lo verbalizado. Dra. María del Carmen Almada Médico Legista.

http://www.forensesargentina.com.ar/pdf/AutopsiasPublicarMedicinaLegal.pdf

No solo la falta de fotografías de la primer autopsia, da cuenta que no se cumplió con el protocolo. Destaco que en la primera, que se realizó en la morgue local, el médico recibió el cuerpo desnudo, enviado por la Policía Científica, que previamente le había tomado algunas fotografías.

En esas fotografías que integran el informe criminalístico y que fueron incorporadas con la declaración del Sub-Comisario R., se observan, tal como lo dijo el propio Sub Comisario al declarar en el juicio, al menos cuatro lesiones que no fueron mencionadas por el Médico Forense: en ambos codos, en el dedo y en la nariz.

El propio Fiscal, teniendo en cuenta las fotos tomadas por el policía, le preguntó al médico forense si el cadáver tenía una lesión en la nariz. La respuesta fue que "si no lo volcó es por que no lo vio".

Sin embargo, las lesiones que menciona el informe policial se observan a simple vista en las fotografías acompañadas por el policía, (evidencia F). Ello sin entrar a valorar si las mismas están correctamente descriptas o no, pues sabido es que debe ser el médico el que las caracterice, determine su data y el modo posible de producción.

Tampoco el Médico da cuenta de la lesión en el brazo o en el hombro, que motivaba que U. al momento del hecho utilizara un pañuelo a modo de cabestrillo, que fuera secuestrado entre las prendas de vestir por la policía luego de su fallecimiento. Sabemos por los testigos que "algo le pasaba en el brazo" y por las constancias de la Historia Clínica del Hospital de San Martín, en la que consta que el 12 de noviembre de 2012, la víctima fue atendida por haber sufrido traumatismo por caída del caballo y que al momento de ser revisado presentaba intenso dolor adormecimiento de los dedos de la mano. Se le sacó radiografía, se lo internó y se lo derivó al Hospital de Esquel para atención de un especialista por luxación de hombro derecho.

Conocemos que en la primera oportunidad el forense no sacó fotografías, -aunque no sabemos porque, ya que simplemente dijo que pudo ser que no tenía la máquina con él o que estaba rota- circunstancia que despertó dudas en la defensa quien sostuvo en el recurso ordinario que no descarta que la causal de la muerte se haya determinado con un examen de *visu*, "a ojo de buen cubero".

Lamentablemente, no tengo elementos para confirmar ni descartar dichas dudas de la defensa. Ello porque si bien en la segunda autopsia se tomaron fotografías, las mismas muestran al cuerpo vestido y con la cabeza tapada en gran parte por la tela del ataúd y las otras muestran la cabeza y el tórax abiertos. De ninguna de esas fotos es posible determinar si el cadáver había sido abierto con anterioridad o no.

Tan grave como todo lo que vengo señalando, es que en las fotografías a las que me refiero en el párrafo que antecede, se observa que el médico forense realizó la segunda autopsia en el interior del ataúd y sin retirarle la ropa, limitándose solamente a abrirle la campera que portaba el cadáver.

Con todo ello, me permito afirmar que en la segunda autopsia el médico forense se limitó a cumplir "formalmente" una orden. Evidentemente no era ese el objetivo de la reproducción. La segunda orden del Fiscal le requería una nueva autopsia completa, sistemática, metódica e ilustrada. Y ello no significaba abrir el ataúd, y allí realizar la apertura de cráneo y sub mentopubiana, fotografiando dichos pasos.

En esta segunda pericia, de acuerdo al modo que se realizó y teniendo presente que fue el mismo profesional que ya había realizado la primera necropsia, nunca se encontrarían otras lesiones, que las que observó en la primer autopsia, - que como dije - ni siquiera incluía las observadas por el Sub Comisario R.- Dicha afirmación es posible porque de las fotos puede deducirse que ni siquiera miró la parte posterior del cadáver ni Sus extremidades.

Entonces, ninguna posibilidad existía que las conclusiones fueran diferentes.

Por otro lado, hago notar que los tres testigos presenciales -S., M. y H.- describen el hecho como una feroz golpiza, en donde tres personas -M., S. y C.- golpearon a patadas a la víctima en la cabeza y en todo el cuerpo. También señalaron que la pelea comenzó a pocos metros de la salida del bar y que allí M., le pegó una piña a U., que caminaba en un evidente estado de ebriedad y con un brazo inmovilizado, que provocó su caída. En ese momento J. S. acudió en su ayuda y pudo levantarlo con dificultad, porque había quedado aturdido por el golpe en la cabeza". De allí U. caminó sostenido por S. hasta el otro lado de la ruta, donde, luego de que M. lo sacara a S. por temor a que lo golpearan, habría quedado a merced de los agresores.

Sin embargo, la autopsia da cuenta solo de dos golpes: uno en el ojo y otro en pabellón auricular derecho e informa que el último es el que le produjo la muerte.

Respecto del primero, podría deducirse, aplicando las reglas de la máxima experiencia, que es compatible con esa piña que dicen los testigos le habría pegado M.

Sin embargo, respecto del segundo golpe, el médico no solo no consignó su mecanismo de producción en el informe, sino que tampoco pudo responder sobre ese punto en la audiencia cuando fue interrogado por el Dr. Marcos Ponce.

Frente a ello, no cabe más que concluir que la autopsia se correlaciona solo parcialmente con la versión de los tres testigos directos y con el informe del Sub Comisario R. y las fotografías.

Si los hechos fueran como relatan los testigos, el cuerpo de U. debió presentar más golpes que los observados por el forense. Pareciera que se acerca más a esta versión testimonial el informe de R., sin perjuicio que de las lesiones que describe el policía no sabemos su data. De cualquier modo, cualquiera sea su data, debieron ser consignadas por el forense.

Si efectivamente solo había dos golpes, como consigna la autopsia, debiéramos concluir que los testigos mienten.

Inclusive podríamos suponer otras hipótesis. Me represento como posible que M. lo golpeó con una piña, U. cayó al piso y allí se produjo el golpe en la cabeza que le produjo la muerte. Entonces debiéramos rever que participación tuvieron S. y C. Por otra parte, si tenemos en cuenta que el menor S. firmó un abreviado en el que aceptó ser responsable del delito de homicidio simple en el carácter de autor y la autopsia señala un único golpe en el pabellón auricular como el productor de la muerte, se debiera rever que grado de participación tuvo M. y C. y en que medida. En definitiva, ambas hipótesis, tienen algún sustento probatorio, tan débil como la que escogiera el Fiscal y aceptara el Tribunal para condenar a M.

A mayor abundamiento, y siguiendo a la autora citada ut supra, considero apropiado realizar algunas reflexiones sobre la importancia de la autopsia en los delitos de homicidio. "Con ésta se determinará si la muerte fue por causa natural o violenta, y en éste último caso se tendrá que mostrar si fue accidental, por suicidio u homicidio; de alli la importancia de considerar el inmenso valor que tienen las autopsias médico legales bien ejecutadas para el esclarecimiento del hecho.... Es necesario tener una formación adecuada y sólida, que permita identificar y

diferenciar los procesos de transformación cadavérica, como asi también los distintos tipos de lesiones vitales y postmortem; heridas contusas, cortantes, etc., y su correcta descripción; las que permitirán resolver un sin número de cuestiones como ser, la posición de la víctima, el posible elemento que ha producido la lesión y orientará a determinar si se trata de un suicidio, homicidio, accidente o muerte natural... Para realizar investigaciones útiles en el cadáver, será absolutamente necesarias efectuar técnicas que permitan una autopsia completa, sumada a las nociones teóricas de los hallazgos, ya sea de las lesiones, los fenómenos de putrefacción, cómo se manifiestan éstos en las visceras, diferenciar lesiones vitales y postmortem".

Pero lo más trascendente para tener presente es la conclusión de la autora cuando afirma que "Las autopsias afrentosamente incompletas, conducirán a lamentables desastres con repercusión judicial. Siempre debe realizarse una autopsia completa y una descripción minuciosamente objetiva de los órganos.

Adoptando este *modus faciendí,* será fácil apreciar si una autopsia ha sido correctamente efectuada o no. No deja de ser habitual encontrarnos con lesiones en órganos como sospecha previa, sino también con la sorpresa de otros que se suponían indemnes, desenmascarando en muchos casos lesiones no sospechadas, extensiones y correlacionesque hubieran quedado ocultas de no haber efectuado la autopsia completa".

Lo que pretendo es demostrar quelas groseras deficiencias señaladas, hablan por si sola, de la importancia y la necesidad del contralor de la Defensa y que no se trata de un pedido de nulidad por la nulidad misma. Entiendo que no hace falta decir más nada, pues cualquier palabra difícilmente revelaría la entidad del agravio.

Entonces, teniendo en cuenta que en materia de nulidades procesales rige el principio de *trascendencia*, que establece que no hay nulidad de forma si el defecto no tiene trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio, reitero que no estamos ante un caso de la nulidad por la nulidad misma.

Como dice el procesalista Hugo Alsina, "donde hay indefensión hay nulidad; si no hay indefensión, no hay nulidad". Y en este sentido se ha señalado que la indefensión es el mayor vicio de que es susceptible el proceso. Y precisa Alsina que la misión de la nulidad no es propiamente asegurar la observancia de las formas procesales, sino el cumplimiento de los fines a ellas confiados por la ley; las formas son el medio o instrumento de que el

legislador se vale para hacer efectiva la garantía constitucional de la defensa en juicio, y en cualquier supuesto en que esa garantía aparezca violada, aunque no haya texto expreso en la ley, la declaración de nulidad se impone. (ALSINA, Hugo: "Tratado teórico práctico de Derecho Procesal, Buenos Aires, Ediar, tomo I, pág. 652)

La nulidad de un acto presupone que la irregularidad haya colocado a la parte en estado de indefensión, pero no de una indefensión teórica sino que debeconcretarse las defensas que se vio privado de oponer. Ello porque las nulidades son de interpretación restrictiva y que la declaración de nulidad debe reservarse como última razón frente a la existencia de una efectiva indefensión, pues el *principio de conservación* de los actos procesales consagra la conveniencia depreservarla eficacia y validez de los mismos.

"La defensa penal, derecho de jerarquía constitucional, está asegurada a través de las disposiciones procesales que garantizan la intervención, asistencia y representación del imputado. Su violación apareja la nulidad insanable del acto cumplido. El derecho de defensa se vulnera toda vez que un acto procesal, de importancia para el juicio definitivo, se cumple sin la intervención de la defensa (cfr. Clariá Olmedo, Derecho Procesal II, pág. 405). Si el decreto ordenando la realización de la autopsia, fue notificado al señor Fiscal de Instrucción pero se omitió notificar al señor Asesor Letrado y no existían situaciones de excepción (CPP, art. 209 2da. parte) que autorizaren a realizar el acto sin intervención de la defensa, corresponde declarar la nulidad de la autopsia (C.P.P., arts. 209, 171 inc. 3ro. y 172).- (Moya Juan A. s/ autopsia - Homicidio. 17 de Noviembre de 1992 Cámara de Apelaciones en lo Penal, Córdoba Id Infojus: FA92163976)

En consecuencia, con respecto al imputado M., debe declarase la nulidad de las dos autopsias realizadas por el médico forense Dr. D. R., realizadas el 1 y el 14 de diciembre de 2012, ofrecidas como Ev. "D" y de la declaración del Dr. D. R.

Además tenemos como consecuencia de la inutilización de esta prueba prohibida que se extiende a las demás evidencias que deriven de ella, es decirse amplia el efecto de la primera en virtud del nexo de causalidad que existe entre ellas. En este caso la inicial relación de causalidad se extiende a otra nueva prueba, es decir a la prueba derivada de la prueba prohibida teniendo como efecto la inutilidad de la misma.

Entonces, tal como lo requiere la defensa debe declararse la nulidad del certificado de defunción extendido por el médico legista, (Ev. C) luego de realizada la autopsia, en punto a las causales de muerte allí consignadas, por ser una consecuencia directa de la autopsia, tal como el mismo profesional lo consigna al colocar la x en cada la opción "practicada la pericia médica legal".

Ello sin perjuicio de la validez que conserva como acto administrativo destinado a cumplimentar un requerimiento del Registro Nacional de las Personas, pues las consecuencias jurídicas dispuestas son intraprocesales.

Efectivamente, le asiste razón que se aplica en el caso la teoría del fruto del árbol envenenado ("fruit of the poisonous tree doctrine") que indica que la prueba que se obtenga como consecuencia de un acto ilícito (y, entonces, violatorio de las garantías constitucionales) resulta igualmente ilegítima, y por ende, nula, siempre y cuando la misma no fuera indirecta o de obtención posible a través- de una actividad distinta de aquella primigenia e ilícitamente producida.

Es que la doctrina del fruto del árbol envenenado descansa sobre un argumento relacional: para considerar una determinada prueba como fruto del árbol envenenado (prohibido) hay que establecer la conexión entre ambos extremos de la cadena lógica: esclarecer cuando la ilegalidad primera es condición *sine qua non* y motor de la obtención posterior de las pruebas derivativas, que no hubiesen obtenido de no mediar la ilegalidad originaria (FIDALGO GALLARDO, Carlos, "*Las "Pruebas Ilegales" de la Exclusionare Rule Estadounidense al Artículo 11.1 LOPJ*", Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003, pp.87).

Siguiendo con el análisis de los pedidos de la defensa y teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, corresponde rechazar la nulidad sobre la pericia genética (Ev. I), toda vez que se hubiera llegado al mismo resultado, utilizando las prendas de vestir de U., manchadas con sangre de la propia víctima, secuestradas a la víctima en el Hospital San Martín, (Ev. B) previo el traslado del cadáver a la morgue judicial de Esquel.

Es decir existía un cauce independiente que le hubiera permitido al MPF, realizar la pericia comparativa que se pretende nulificar, sin utilizar la sangre extraída en las autopsias, es decir estamos frente a una de las excepciones de la teoría en análisis.

Dicho esto, me expido por la validez del secuestro de las prendas de vestir de la víctima efectuado por personal policial, por cumplir los requisitos formales que el acto requiere, tales como la elaboración de un acta y la preservación de los secuestros, sin que sea necesario la autorización judicial de la medida.

Por último con relación al pedido de nulidad del allanamiento en el que se secuestraran las prendas de vestir del imputado, -Evidencia G- señalo en primer lugar que el objeto de la orden era proceder a la detención, requisa personal y secuestro de diferentes objetos.

No le asiste razón que solamente se ordenaba la detención y entonces si no había moradores no estaban habilitados por el ingreso.

En cuanto al ingreso por la ventana, la orden autorizaba el uso de la fuerza pública de modo que si podían inclusive romper una puerta, no hay ninguna razón para considerar incorrecta la decisión de ingresar por una ventana que estaba abierta.

Pasando al tema de la motivación, y más allá de mi postura personal sostenida durante el tiempo que integré el Colegio de Jueces Penales, de no utilizar el sello de autorización de los allanamientos, remitiéndose a los fundamentos del MPF, entiendo que la Corte Suprema de la Nación en el fallo citado por el MPF, "Yemal Jorge y otro s/Ley 23771" ha sido contundente en punto a aceptar como válida aquella remisión, en la medida que los fundamentos del Fiscal sean suficientes, lo cual no ha sido puesto en crisis en este caso. De modo que no hay razones para nulificar la medida.

Ahora bien, volviendo a las consecuencias de la nulidad decretada sobre las autopsias, el certificado de defunción y la declaración del Dr. D. R., corresponde resuelva que efectos jurídicos produce con relación a la sentencia condenatoria en crisis.

En primer lugar debo señalar que para el caso en que, por las razones que fueren, la prueba obtenida ilícitamente hubiere sido indebidamente incorporada al proceso, así como en aquellos supuestos en que la ilicitud se hubiere producido en el momento de la practica de la prueba en la fase de juicio oral, la misma no debería ser tenida en cuenta por el juzgador para dictar sentencia. El Juez o Tribunal no podrá basar su convicción en pruebas obtenidas de forma ilícita. Los resultados probatorios obtenidos devendrán irrelevantes o ineficaces para configurar la declaración fáctica de la sentencia, es decir, no podrán tener la

consideración de prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia (art. 26 y 161 del CPP CPP).

En el caso, las autopsias, incorporadas con la declaración del Dr. R., fueron utilizadas por los magistrados para determinar la materialidad delictiva, la causa de la muerte, la calificación legal y la pena e inclusive para sostener la veracidad de los testimonios, al verificar la corroboración objetiva de sus dichos.

Lo expuesto muestra que la sentencia en crisis posee un vicio de motivación, toda vez que no puede existir una motivación legitima si la prueba que se invoca para fundar la condena no puede reputarse válida. La sentencia que se funda en prueba ilegal es un pronunciamiento que no se encuentra legalmente motivado.

La jurisprudencia ha dicho "La sentencia carece de fundamentación legal (CPP, 417 inc. 3º.) Si a los fines de la imputación del hecho delictivo se fundo decisivamente en prueba ilegal incorporada al debate. Ello es así, en el caso, porque solo de la prueba ilegal incorporada al debate la autopsia y el testimonio del médico forense- que valora el tribunal de juicio se puede derivar, con el grado de certeza que la sentencia condenatoria requiere (CPP, 410) que el golpe asestado por el imputado a la víctima fue la causa de la meningitis purulenta que en definitiva, le ocasionó la muerte. Por tanto es inútil el esfuerzo realizado por la a quo para determinar la existencia del golpe y la autoría por parte del imputado, a través de un minucioso análisis de los testimonios, pues solo de la autopsia tachada de ilegal y fundamentalmente de las declaraciones del médico forense surge con claridad-que el golpe asestado por el acusado a la víctima fue la causa eficiente de su muerte. (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Id Infojus: FA88160089 - 24 de Noviembre de 1988)

De allí que corresponde declarar la nulidad parcial de la sentencia condenatoria, con relación al imputado F. F. M.

Luego cabe dejar sentado que por aplicación del art. 162 del CPP, - y sin perjuicio de lo dicho respecto del carácter de irreproducible de las autopsias en razón de lo que se podrá encontrar en ella y no por la imposibilidad de reiterarse, que como hemos visto es factible en la medida que no desaparezca el cuerpo- no existe posibilidad procesal alguna de retrotraer el procedimiento para que el acusador ordene una nueva necropsia. Ello porque el saneamiento solamente es posible, siempre y cuando la invalidez no se funde en la violación de una garantía establecida a favor del imputado, pues en esos casos el

procedimiento no podrá retrotraerse a etapas anteriores, salvo petición expresa del mismo (art. 162 del CPP).

No obstante ello y en principio, sería viable por aplicación del art. 387 del CPP, que prevé el reenvío como consecuencia de un recurso del imputado, con la limitación de que la pena que se le aplique en el segundo juicio no supere la que le aplicaran en el primero, devolver las actuaciones para que se realice un nuevo juicio con un Tribunal diferente, con un plexo probatorio reducido por el alcance de la nulidad decretada, tanto de las autopsias como del certificado médico en cuanto a las causales de muerte allí fijadas.

Sin embargo, teniendo especialmente en cuenta la relevancia de las pruebas nulificadas, hemos advertido que si adoptáramos esa solución jurídica, -excepcional, en virtud del significado que tiene la realización de un segundo juicio, en términos de derecho procesal constitucional-, no estaríamos considerando el debilitamiento que la misma produce en el cuadro probatorio cargoso. En ese sentido y con estricto apego a la teoría de máximo rendimiento, la cual exige al- tribunal agotar su capacidad revisora, hemos procedido a realizar el análisis del remanente del material probatorio el que como se verá no resultaría objetivamente suficiente para reconstruir íntegramente la materialidad delictiva, que contiene entre sus presupuestos, el nexo de causalidad entre la acción y el resultado.

Efectivamente, uno de los temas que ha causado mayor disertación, en el estudio de uno de los requisitos normativos del tipo penal objetivo, lo constituye la relación de causalidad que debe existir entre la conducta y el resultado que ésta puede llegar a producir en el mundo exterior; pues toda acción o conducta humana tiene un cierto efecto o es productora de determinado evento; más sin embargo, no toda acción o conducta humana produce un específico resultado; de allí que en Derecho Penal pueda hablarse de delitos de mera actividad, como delitos que no precisan resultado alguno, sino que se agotan con la mismísima acción realizada.

Para que una determinada acción o conducta humana, pueda causar un determinado resultado, es necesario que haya una verdadera conexión o vinculación entre la acción y el resultado, es decir, una relación de causa y efecto, esta vinculación o conexión es precisamente lo que se conoce en doctrina como relación de causalidad, cuya verificación es imperativa para poder afirmar que una determinada acción humana ha causado un determinado

resultado, que permite atribuírselo al autor de dicha conducta o acción.

Pareciera redundante decir que entre el acto y el resultado debe existir una relación de causalidad, pues es precisamente ella la que da al segundo su denominación y carácter.

El homicidio, es un delito de resultado, aún el cometido por agresión, y a la hora de verificar la acreditación de la tipicidad en todos sus extremos, debe verificarse la prueba que acredite que la muerte sea la consecuencia directa de la conducta lesiva.

Ya adelanté algo sobre este punto, cuando analicé las deficiencias formales y materiales de la autopsia, y sostuve que aún con los resultados informados por el perito se presentaban varias hipótesis posibles de cómo ocurrieron los hechos y de cómo se pudo producir el resultado letal, pues no había una concordancia plena entre la prueba científica y la prueba testimonial.

La exclusión de la autopsia del cuadro probatoria profundiza las deficiencias probatorias consignadas, más aún si tenemos en cuenta que el único certificado médico que obra en la causa es el extendido por el Dr. B., que informa del óbito de U. y consigna como hora probable de la muerte a las 4.30 horas, pero nada informa, siquiera sobre las posibles causas de la muerte.

El informe criminalistico efectuado por el Sub Oficial R., incorporado al debate con su testimonio, con más las declaraciones testimoniales -con las insuficiencias que los propios magistrados del juicio pusieron de resalto a la hora de valorarlas, especialmente el Dr. O'Connor-, no son suficientes a la hora de otorgar certeza, respecto de la causa de muerte reprochada al acusado.

En estas condiciones, sin otra certificación médica ni constancias en la historia clínica, debo afirmar que resultaba indispensable la autopsia del cadáver, no obstante ser conocido el antecedente violento ejercido por M. junto a C. y S., del que pareciera se derivara la muerte de U., a efecto de confirmar el nexo causalidad entre ambos hechos o descubrir la verdadera causa del fallecimiento.

Pues, cuando falte la prueba científica natural del nexo causal, no puede ser sustituida por una convicción subjetiva del juez por la vía de la libre valoración de la prueba, ni siquiera acudiendo a la teoría de la probabilidad prevalente, pues el estándar requerido por esta teoría, nos impone seleccionar, entre las diversas hipótesis posibles en torno a

un mismo hecho, deba preferirse aquella que cuenta con un grado relativamente más elevado de probabilidad.

Tengo especialmente presente que ha sido el propio Fiscal el que en la audiencia ante este Tribunal, que distinta hubiese sido la situación de M. si se hubiera realizado respecto de él un juicio por separado y reconoció que el MPF, hubiera tenido que esforzarse para acreditar todos los extremos, pues ya no contraria con la pericia autópsica.

En definitiva, por todo lo expuesto y por imperio de diversos principios procesales, entre ellos el de economía procesal, concentración, simplificación, celeridad (art. 2 CPP), si consideramos que con el cuadro probatorio remanente, no es posible acreditar el nexo causal, el reenvió constituiría —no solo un verdadero desacierto jurídico- sino una prolongación indebida del proceso penal en contra del imputado. Consecuentemente, la decisión que debe adoptarse es la absolución de F. F. M.

Esa circunstancia me conduce a realizar una última consideración que, no deja de ser importante, en cuanto a que no se pueden forzar decisiones judiciales para evitar la impunidad - como sucede en el caso. Es que, cuando ello ocurre se pierde de vista que, como lo dice Andre Perfecto Ibáñez, "se otorga un marchamo de regularidad constitucional y legal" a actuaciones de escasa o ninguna profesionalidad, que objetivamente no lo merecen. Lo que equivale a estimular su reiteración y a difundir por via jurisprudencial un mensaje demoledor en el plano de la cultura judicial, que puede valer igual lo mal hecho que lo realizado con rigurosa observancia de las normas dadas en garantía de los derechos fundamentales.

Por último, corresponde regular los honorarios del Dr. J. M. Z. en un treinta por ciento de los honorarios que le fueran fijados en primera instancia. (Ley XIII, Nro. 15), los que estar cargo de su defendido. Así Voto.

El Dr. Víctor Alberto SARQUIS, dijo:

I. - ANTECEDENTES DE LA IMPUGNACIÓN PLANTEADA.- Conforme los antecedentes reseñados en el voto de la Sra. Magistrada que preside este acuerdo, Dra. Carina Paola Estefanía, se ha puesto a consideración y resolución de este Tribunal, la impugnación ordinaria articulada por el Dr. J. M. Z., Defensor Particular del imputado F. E. M., ratificada en todos sus términos al abrirse la audiencia respectiva en esta instancia (art. 385 del C.P.P.), impugnación que dedujera contra las sentencias de

responsabilidad y pena dictadas por el Tribunal de Juicio Colegiado de esta Circunscripción Judicial, integrado por los Dres. Graciela Anabel R., Jorge Alberto Criado y Martín O'Connor, de fechas 12/06/14 (Reg.Prot.Sent. N° 1089/2014) y 11/07/14 (Reg.Prot.Sent. N° 1285/2014), respectivamente.-

En el primero de dichos decisorios, se declaró al coimputado F. E. M. -y al Sr. F. A. C., quien no impugnara dicha sentencia- coautor material y penalmente responsable del delito de Homicidio en Agresión (arts. 45y 95 del C. Penal), imponiéndosele, en el segundo, la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES de PRISIÓN, de CUMPLIMIENTO EFECTIVO, y la parte proporcional de las costas del juicio, soportadas conjuntamente con su consorte de causa, C. (conf. art.333, 2do. párr.CPP).- Ello, en relación a los hechos acaecidos el 01 de diciembre de 2012, en la localidad de José de San Martin, y que damnificara al Sr. A. M. U., cuyos pormenores fueran volcados en la sentencia y resaltados en el voto precedente, y que aqui doy por reproducidos, salvo las referencias puntuales que a ellos haré en el desarrollo del presente sufragio.-

II.- TRATAMIENTO DE LOS AGRAVIOS RESEÑADOS.-

11.1. - Según lo conviniéramos en la deliberación, dada su trascendencia y conexión recíproca en la decisión que corresponde adoptar, trataré en primer lugar, el planteo de nulidad que referimos y que efectuara el recurrente en relación a las dos autopsias realizadas a la víctima A. M. U. por el Sr. Médico Forense, Dr. D. R. -la del 1°/12/12 y la del 14/12/12 (conf. Ev. "D" LF cit.), así como también la invalidez consecuente de las pruebas que se desprendieron necesariamente de ellas, esto es, la pericia genética elaborada sobre la base de las muestras sanguíneas extraídas en las necropsias referidas (conf. Ev."I" del LF cit.), las constancias vinculadas a la causa de la muerte de la víctima volcadas en el certificado de defunción elaborado y suscripto por el Dr. R. con sostén en los datos obtenidos en la primera autopsia (conf. parte superior de fs. 14, Ev. "C" LF cit.), y las explicaciones que sobre las constancias y desarrollo de ambas, efectuara el citado Médico forense en su declaración testimonial producida en la audiencia de debate, con las implicancias que obviamente tiene dicho testimonio en punto a la incorporación al plexo probatorio cargoso de ambas necropsias.-

11.2. - NULIDAD DE LAS AUTOPSIAS.-

Para poder apreciar en sus justos límites, la procedencia o no de la grave sanción procesal que se pretende, dada la obvia trascendencia de tales pericias y de las pruebas que de ellas se derivaran, en la investigación y esclarecimiento de un hecho de homicidio como el de autos, y teniendo en cuenta la profusa discusión que sobre el particular se ha desarrollado tanto en la etapa penal preparatoria, incluyendo la intermedia, como en la etapa de juicio, entiendo imprescindible referirme primeramente, como lo han hecho mis colegas, tanto a las circunstancias que rodearon la realización de las pericias referidas, a poco de iniciarse la investigación del suceso, como a la profusa discusión que siguiera a la formulación de la acusación, y especialmente, a lo ocurrido en relación al tema en análisis, en la audiencia preliminar.-

Para ello, luego de releer brevemente los términos de la acusación (fs.24/31 CJ cit.) y el responde del hoy recurrente (fs.41/42 CJ cit.)/ y de escuchar atentamente los registros de audio, tanto de la prolongada audiencia preliminar (desarrollada durante los días 2, 9,18 y 23/12/13), como de la audiencia de debate, puedo afirmar, en un primer acercamiento al agravio en análisis, que han quedado esclarecidas algunas circunstancias que es necesario ponder de resalto para poder luego ponderar adecuadamente los requerimientos del agravio en análisis.- Ello, teniendo en cuenta el deber de este Tribunal de impugnación ordinaria, impuesto por nuestra CSJN -y reiterado por nuestra Sala Penal del STJCh-, de "...agotar su capacidad revisora", reconociendo sólo como límite fáctico, aquellos aspectos que surjan directa y únicamente de la inmediación propia del debate (Conf. CSJN, "Casal, Matías E. y otro s/... Causa N° 1681, Expte.C.17 57.XL, 20/09/05)

En primer lugar, el MPF en honor al principio de buena fe procesal (art.122 CPP), reconoció, ya en los albores de la investigación, que por una irregularidad interna -que por otro lado, generara una investigación administrativa en el seno de la Fiscalía para deslindar responsabilidades, ordenada por el Fiscal Jefe, Dr. Martín Zacchino, quien también tenía a su cargo la investigación del presente hecho, al disponerse desde el MPF la realización de la primera necropsia, el mismo día del hecho -a pocas horas de ocurrido-, se omitió notificar de ello -tal era la obligación ineludible del MPF emergente de diversas normas procesales, entre ellas, arts.169, 198, 204, 207 y ccdtes. del CPP- a la Defensa Pública, por entonces encargada

de la Defensa Técnica de los tres implicados en el hecho de autos (M., F. A. C. y el menor L. A. S.), realizándose igualmente la misma, previo traslado del cadáver a la Morgue Judicial de esta Ciudad.-

En tales condiciones y lugar, vio la luz aquella primera autopsia; el Sr. Médico Forense, Dr. D. R., el mismo día 1/12/12, a las 15,00 hs., realizó la tarea encomendada, detallando los exámenes y constataciones efectuados, en el informe respectivo (conf. Ev. "D", fs. 17 y vta. CJ cit.).- Tampoco la realización de tal experticia fue comunicada, ni notificada a la OFIJU, ni a la Defensa Pública, ni a los imputados, sin perjuicio de continuarse con la investigación en ciernes.-

Asimismo, estimo útil consignar aquí, que realizada la autopsia, fue el propio Médico Forense quien confeccionara y suscribiera el Certificado de Defunción del Sr. U. (Conf. Ev. "C", fs. 14 LF cit.), también cuestionado por el impugnante, sólo en la parte en que se expide sobre las causas de la muerte de U. con sostén en los datos obtenidos en la pericia médico legal, cuestión sobre la que volveré "infra".-

Resalto al pasar que corroborando la veracidad de estas circunstancias, fue el propio Dr. Zacchino quien, al contestar el planteo de nulidad similar al presente en la audiencia preliminar, recordó y leyó párrafos de los fundamentos que volcara en la resolución administrativa antes citada y por los cuales decidiera solicitar al Juez de Garantías la autorización pertinente para proceder a la exhumación del cuerpo de la víctima y realizar, ahora sin irregularidades -al menos ese era su objetivo-, una nueva pericia necrópsica, interesada para la investigación del hecho.-

En ese sentido y en lo que aquí interesa, recordó el Dr.Zacchino lo que dijera al tratar internamente la cuestión planteada: "... de las actuaciones colectadas..., se extrae que la funcionaría 'actuante, dispuso la realización de una operación necrópsica de quien en vida fuera A. U.; ello surge incluso de la elaboración por parte del propio médico forense, del informe de autopsia fechado el propio I° diciembre del 2012. Sin perjuicio de ello y de lo que surgió de la investigación sumarial, no constan los puntos periciales propuestos al forense y, menos aún, que en los términos del artículo 207, se haya dado noticia de la experticia propuesta a la OFIJU y/o a la Defensa Pública..., reconociendo que "...Personalmente...", recabó

dicha información en ese Ministerio Público, de modo informal, "...dándome a conocer la Dra. Gladys Cerda y el Dr. José Julián Ripa Montuenga,... de turno..., que no..." habían "...sido notificados de ninguna autopsia el día 1 diciembre del 2012../'.-

Resaltó a renglón seguido que "...estas circunstancias fueron la base de la nueva petición al Juez Penal interviniente, para la exhumación del cadáver y realización de nueva autopsia, requerida a fin de evitar planteos nulificantes futuros, amén de conocerse a la fecha del dictado de esta resolución, cuales han sido sus objetivos resultados..." (Conf. Reg. Audio, pista N° 7 aud.del 18/12/13).

Siguiendo con la cronología de lo sucedido luego, hago notar que por presentación del 04/12/12 a las 11,40 hs. (conf. esc. fs. 55 CJ cit.), el coimputado M. designó Defensor Particular al Dr. J. M. Z., poniéndose a su disposición el Legajo Fiscal citado (conf. const. fs. 55 vta. CJ cit.).- Aunque obvio, resalto al pasar, que esta constancia -reconocida por cierto por el Dr. Zacchino-, revela con absoluta claridad, que al menos ya para el 05/12/12, el MPF tenía pleno conocimiento que la Defensa Técnica de M. estaba siendo ejercida, no ya por la Defensa Pública -como ocurriera al realizarse la primer necropsia-, sino por su Defensor de confianza.-

Pues bien, como lo indicara el propio Dr. Zacchino en la audiencia preliminar y en la oportunidad antes referida, en coincidencia con los términos de los considerandos de la Resolución Judicial N° 2465/2012, dictada por la Sra. Juez Penal Dra. Graciela Anabel R., con fecha 10/12/12 (conf.fs.21/22 de la Ev. "D", LF cit.), fue por iniciativa de dicho Magistrado, que se solicitó la realización de una segunda autopsia, previa exhumación del cadáver, fundando dicho pedido en que, "...por constancias del LF -de las que surgen irregularidades al respecto que serían materia de investigación en al marco de las actuaciones administrativas que se realizarían en el seno del MPF-, la realización de la primera, **no había sido notificada a la Defensa Pública -en aquél entonces encargada de la Defensa Técnica de los tres imputados, en los términos de los arts. 169, 198, 204 y 207 del CPP, ni personalmente ni a través de la OFIJUD**, señalando especialmente que "el transcurso del tiempo puede complejizar la investigación en lo que respecta a la descomposición del cadáver, por lo que, sin esperar a aquellas conclusiones sumariales, estima prudente reeditar la autopsia

con el único objeto de no habilitar ningún tipo de planteos invalidantes en el futuro y, con ello, el fracaso de la investigación..." (Conf. Cons. Res. Jud. Cit., fs. 21).

Y justamente fue por todas estas razones, que el Dr.Zacchino -a mi entender, atinadamente-, requirió a la Magistrada actuante, que sin desconocer las facultades que al respecto le otorga al MPF el art. 207 del CPP, se autorizara judicialmente la realización de ambas diligencias -la exhumación del cadáver y la realización de la nueva autopsia, conforme el trámite impuesto por el art. 279, ínc. I° del CPP (anticipo jurisdiccional de prueba), desde que, en su concepto, "**...la diligencia a practicarse queda atrapada como aquélla de carácter irreproducible**..." (art. cit; Res. cit-, Ev.cit., f s. 21) . - Y también justamente por ello, fue que el Fiscal solicitó que, a más de la exhumación del cadaver, se ordene judicialmente, en los términos del art.279 inc. I°, "...la práctica de AUTOPSIA a fin de establecer las casuales de la muerte; estableciendo los puntos de actuación del Médico Forense..." (Res. cit. , f s . 21) . –

Es más que claro que por entonces, ejerciendo celosamente, como debía, el control de legalidad del desarrollo de la investigación a su cargo, el Sr. Fiscal General, dispuso producir esta nueva necropsia, básicamente, para determinar las causas del óbito de la víctima.- Y ¿porqué lo hizo?. Porque como él mismo lo dejó entrever, por un lado, por las irregularidades citadas, vinculadas directamente a la omisión de comunicar la realización de la primera autopsia a la Defensa Técnica de los imputados, se les había impedido a éstos ejercer debidamente sus derechos a participar y controlar la realización de una prueba de cargo, como lo imponían las disposiciones legales que citara, y además, por ser esencial para el caso que se investigaba.- Y por otro lado, porque también advirtió la necesidad de reeditar con urgencia la autopsia sin esperar la conclusión de las actuaciones administrativas citadas, ya que, como expresamente lo señalara al fundar el pedido, y lo marcáramos más arriba, "...el transcurso del tiempo puede complejizar la investigación en lo que respecta a la descomposición del cadáver..,", y habilitar "...planteos invalidantes en el futuro y, con ello, el fracaso de la investigación..." (Res. cit., pág. 21).

Pues bien, frente a dicho pedido del MPF, la Sra. Magistrada interviniente, si bien ordenó la exhumación como se requiriera, autorizando al MPF a su tramitación y diligenciamiento, *con notificación a la Defensa* (conf. N° 1), parte dispositiva Res. cit., fs., 22), en cambio dispuso "...no dar trámite del art. 279 del CPP, a la solicitud de autopsia del cuerpo del nombrado, conforme lo dispuesto en el art. 207 del rito..." (punto 2) Res. cit., fs.22).- Explicando en los considerandos del resolutorio, los fundamentos de esta última decisión, sostuvo que "...sin perjuicio de la incidencia que en el caso pudieran tener las diligencias ya practicadas, la actividad del Médico Forense resulta contenida expresamente en el art. 207 del CPP, no especificando la norma excepción alguna en cuanto a la oportunidad en que se realice..." y que "...los puntos sobre los que deberá expedirse el profesional resultan comunes en todos las investigaciones como la *presente...", por lo cual "...la autopsia deberá comunicarla y tramitarla la Fiscalía, con la debida, intervención de la Defensa..." (Cons . Res . cit.; cursiva y negrita precedentes, son intencionales).*

Al- respecto, creo útil resaltar que la última disposición procesal citada, en lo pertinente, dispone: "en los delitos en que fuere necesaria la realización de...autopsia para la determinación del hecho punible, el fiscal podrá ordenar que sean llevados a efecto por el Servicio Médico Legal o por cualquier otro servicio médico..."; eso sí, "...*con notificación a la Oficina Judicial para su correspondiente notificación a la defensa*...". -

Acatando sin cuestionamientos tal resolución, el MPF, por intermedio del Dr. R. Alejandro C., con fecha 11/12/14, notificó debidamente a la Defensa Pública y a la OFIJU Esquel (not. vía coreo electrónico, conf. copia glosada a fs.8 y vta. CJ cit.), **no asi al imputado M. ni a su Defensor Particular, con domicilio ya constituido en el Legajo Fiscal** (conf. escrito fs.55 LF cit., remarcado propio), tanto de la autorizada exhumación del cadáver, como de la decisión del MPF de disponer "...se PRACTIQUE, en forma certera: **AUTOPSIA (COMPLETA, METÓDICA E ILUSTRADA DE RIGOR, conforme lo normado por el art. 197 del C.P.P.)**, detallando todas las circunstancias de interés para la pesquisa...", a fin de "... 1) ...establecer las causales de la muerte de quien en vida

fuera A. M. U..." y, se le requirió al Médico Forense que en la autopsia solicitada explicite, entre las citadas circunstancias, "a. Etiología, ubicación y características de las heridas, b. secuestros o preservación de rastros o indicios, c. data de la muerte y todo otro dato de interés...", y de acuerdo e tal determinación, se le requirió "...tomar muestras para **estudios complementarios** "...que estime procedentes a los efectos de dilucidar la CAUSA del fallecimiento -por ejemplo para anatomopatología, toxicologia, contenido estomacal, muestras sanguíneas para establecer **alcoholemia**, y eventual obtención de **parámetros de ADN y/o análisis de histocomptibilidad..."** (doc. cit., negritas y subrayado originales).- Y seguidamente, como correspondía, el Dr. C. consignó en la comunicación transcripta, que la Autopsia dispuesta se realizaría en la morgue del cementerio local el viernes 14/12/12, a las 09,00 hs, por el Jefe del CMF, Dr. D. R., destacándose expresamente que con tal comunicación quedaba "...NOTIFICADA LA OFICINA JUDICIAL LA DEFENSA PÚBLICA INTERVINIENTE... (Arts 169, 198,, 204, 207 SS Y CC DEL CPP)..." (Mayúsculas y subrayado originales).-

Obsérvese que a pesar que el MPF tenía a esa fecha (11/12/12), pleno conocimiento de la designación y participación del Defensor Particular de M. en el proceso, como quedó dicho, omitió notificarle la medida, lo .que en cambio sí hizo respecto a la Defensa Técnica de los otros dos coimputados -la Defensa Pública-; y ello, no sólo porque no se incluyera a M. ni a su Defensor de confianza, entre los destinatarios consignados en la comunicación transcripta, sino porque tampoco se les dio noticia de las operaciones periciales a ninguno de ellos, ni personalmente, ni a través de la Oficina Judicial; mucho menos al domicilio constituido del Defensor Técnico de M.- De todo esto sí se agravió el impugnante.-

De allí, que respecto de éste, resulta indudable que se incurrió en la misma omisión que justificara y fundara toda la actuación -administrativa y judicial- del Dr. Zacchino, respecto de la primera necropsia, tal consignamos más arriba.- ¿Porqué frente a la misma irregularidad cometida respecto de M. y su Defensor Técnico, el MPF no actuó de la misma forma que lo hiciera respecto de la primera necropsia? ¿Porqué, si no avaló antes la validez de la primer necropsia, por la

omisión de notificar previamente su realización a la Defensa Técnica de los imputados, a punto tal que no obstante las dificultades que señalara, requirió una segunda necropsia, insiste ahora en mantener la plena validez a la segunda, respecto del impugnante?.-

Además, desde ya adelanto que no por obvio es menos cierto, que las citadas normas procesales, en lo que a la cuestión en tratamiento respecta, imponen coincidentemente la obligación de que la realización de las medidas que disponen, deban ser previamente comunicadas al imputado y a su Defensor Técnico, para que en cada caso, puedan tener la posibilidad concreta y efectiva de ejercer en término y debidamente, los derechos que cada una de las normas citadas les confieren (derecho a participar en la medida dispuesta, proponer perito de parte, objetar su realización o la calidad de urgente de la pericia, "...proponer fundadamente puntos de pericia y objetar los admitidos o propuestos por las partes...", hacerse asistir por consultores técnicos -art. 198-, entre otros).-

Por ello mismo, es igualmente indiscutible, en mi criterio, que la obligatoriedad de notificar a la Defensa Técnica de la realización de una medida como la analizada -que a más resulta irreproducible, por las circunstancias particulares que rodearon la misma, como bien lo resaltara expresamente el Dr. Zacchino-, no es sólo una mera formalidad impuesta por la ley, irrelevante o vacía de contenido, cuyo cumplimiento o incumplimiento resultaría inocuo o intrascendente, sino que, por el contrario y por lo que acabamos de señalar, ella tiene en nuestra la ley procesal un claro designio: resguardar en el proceso de recolección de evidencias cargosas, llevado a cabo por los órganos de persecución estatal, la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio y del debido proceso, ambas, como es más que sabido, de indiscutible raigambre constitucional.- Y ello más aún, teniendo en cuenta el resguardo del principio de contradicción, que también para esa etapa del proceso (EPP) impone nuestro CPP, junto a otros principios sobre los que se cimienta nuestro actual sistema de enjuiciamiento penal, de corte acusatorio y adversarial (conf. art. 3 CPP).-

Por ello, adelanto que no comparto la postura fiscal contraria, sostenida tanto al contestar los pedidos de nulidad del Dr. Z., en la audiencia preliminar y en los albores del debate, como al contestar los agravios que sustentan la

impugnación de las sentencias cuestionadas, en esta sede.- Y obviamente, también adelanto que tampoco coincido con los fundamentos que sostienen el rechazo de la nulidad, que expusiera al comienzo del debate el Tribunal de Juicio, al rechazar el pedido de nulidad de la Defensa Técnica del imputado M..- Ello, sin perjuicio de lo que más adelante agregaré sobre tales cuestiones.-

Retomando ahora el hilo de los antecedentes que vengo reseñando, agrego que, en las condiciones referidas, se realizó la segunda autopsia dispuesta por el MPF (art. 207 CPP), en la forma y por las razones referidas.- Y se consignaron sus resultados en el informe necrópsico que hoy interesa (conf. Ev. "D", fs. 18/20 CJ cit.), de fecha 14/12/12, incorporándoselo al Legajo Fiscal.-

Y así se llega a la formulación escrita de la acusación pública (conf. art. 291 CPP, fs.24/31 CJ cit.), que basara la imputación que formulara también contra M., "...en la concordancia existente entre la versión que dan los testigos presenciales, con las conclusiones obtenidas tras realización de operación necrópsica...", construyendo también su juicio de autoría en base al indicio de presencia y oportunidad, sobre todo de M., que se desprende del resultado de la pericia genética, que hallara identidad (99,99%) entre el perfil genético de la sangre hallada en prendas secuestradas en la casa de M., con el perfil genético de la víctima (Ev. "I", LF cit.);' y, además, ofreciendo como prueba de cargo, entre otras, ambas pericias (Ev. "D" e "I", respectivamente).-.

Al contestar la citada acusación (art. 294 del CPP), ya el Dr. Z., entre otras peticiones, había introducido su pedido de nulidad de la necropsia, además de oponerse a su incorporación al debate a través del testimonio del Sr. Médico Forense, Dr. D. R. (conf. escrito fs.41/42 CJ cit.), nulidad que como dije, volvió a plantearse ya iniciada la extensa audiencia preliminar celebrada en la causa.-

En dicha instancia, al fundar la nulidad de la autopsia y de las otras pruebas de ella derivadas -la primera, por aplicación del principio de exclusión de prueba obtenida ilegalmente y las segundas por depender de las anteriores, siéndoles de aplicación la "teoría de los frutos del árbol envenenado"-, se preocupó por explicitar las razones de su planteo.- En tal sentido, luego de reseñar todas las circunstancias que rodearon la realización de ambas necropsias -que referimos "supra"-, así como el hecho de

que al realizarse la segunda ya había sido designado Defensor Particular del imputado M., remarcó -en términos que trataré de transcribir lo más fidedignamente que me permita su redacción y comprensión-, que no obstante conocer el MPF tales circunstancias, "... omite nuevamente notificar a la Defensa Particular la realización de dicha autopsia, vulnerando las disposiciones de los arts. 169, 198, 204, no permitiendo a la Defensa proponer nuevos puntos de pericias ni nombrar un perito de parte para presenciar el acto.- Por ello si ya la primera autopsia era escueta, la segunda vulnera abiertamente los derechos de su defendido, ya que nunca fue notificado ni personalmente ni por cédula sobre la realización de dicha prueba.- Por ello solicitó la nulidad absoluta de la prueba de la Ev. "D" del LF.- Y esto está relacionado, como lo adelantó, con la primera autopsia, de la que planteó también la nulidad porque tampoco fueron notificados los Defensores, entre ellos, el de su asistido...; de allí que en este caso, solicitó la exclusión de dicha prueba; pero cuando se refirió a la invalidez de las otras pruebas -cert. de defunción, pericia genética-, las entendió fundadas en la "teoría de los frutos del árbol venenoso".- Y agregó que "...De la nulidad de la primera autopsia, que desde ya solicita, cae también el certificado de defunción, pues que el mismo no sólo tiene como lugar y fecha de certificación el I° de diciembre, sino también que en uno de sus cuadros se indica el motivo del deceso...", con datos que obtuviera "...de la pericia médico legal, de lo que se desprende que el mismo fue confeccionado en base a la autopsia realizada, la cual, indicó, se realizó sin que se respetaran los protocolos, ni se notificó su realización a las partes Asimismo, consideró que "...por las mismas razones - nulificación de ambas autopsias-, caen las tomas de muestras de sangre extraídas en la primera autopsia ("dos hisopos con contenido hemático para futuras pericias", fs.17 vta., Ev. "D" LF cit.), así como también cae por estar viciada de aquella invalidez, la pericia genética realizada..." (Ev."I" LF) . Por ello se opuso a que la misma sea tenida como prueba válida para el debate (Conf. Reg. Audio, pista N° 4 aud.del 18/12/13).

Y en cuanto al objetivo perseguido con la articulación de la nulidad propuesta, sostuvo "...que la finalidad de privar de efectos jurídicos a las pruebas, radica en la necesidad del respeto a las garantías constitucionales, con lo cual el objetivo del planteo de la Defensa es la transparencia en este proceso,

tratando de evitar que el mismo se vea contaminado con la recepción de elementos de prueba logrados por medio del quebrantamiento de las garantías del imputado..." (conf. audio de fecha y pista cits.).-

A1 responder la Fiscalía al planteo citado, no obstante reconocer la veracidad de las circunstancias reseñadas que rodearon la realización de ambas necropsias, entendió que la pretensión de la Defensa, no debía prosperar, pues más allá de las razones referidas, ellas no lograban dilucidar con claridad, cuáles derechos de raíz constitucional se le vulneraron, o de qué derechos se vio privado de ejercer por efecto o como consecuencia de la irregularidad en la notificación de las pruebas necrópsicas citadas; máxime reiterando que la primera de ellas jamás fue declarada nula, por lo que su contenido puede ingresar válidamente al debate.- Decidir lo contrario, sería tanto como declarar una nulidad de un acto procesal por incumplimiento de una mera formalidad, es decir, consagrar la nulidad por la nulidad misma, lo que no es jurídicamente correcto ni aceptable.- Por ello, pidió su rechazo.-

Sin embargo, al resolver el Juez actuante, tal planteo, junto con la extensa resolución que oralizara en la audiencia citada al resolver diversas cuestiones allí propuestas, hizo lugar a la nulidad articulada, con los límites que explicitó; y ello, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal de Juicio, como también en parte a lo consignado en la acta de la audiencia de debate, aspectos sobre los que volveré "infra".- Allí en lo que nos interesa, luego de expedirse negativamente sobre los planteos de los otros Defensores Públicos sobre similar cuestión, fundándose básicamente que a su respecto (de C. y S.), se había cumplido regularmente con la notificación de la segunda autopsia, por lo que los derechos y facultades conferidos por las normas procesales involucradas, se habrían resguardado adecuadamente, sostuvo claramente que la nulidad de las conclusiones de las autopsias, sólo se decretaba respecto de M.-

En ese sentido dada la trascendencia de tal resolución para el análisis de la cuestión en tratamiento, incorporaré seguidamente -tratando ser lo más fiel posible en la transcripción de su discurso-, los párrafos expresos de la misma que resumen los fundamentos centrales de su decisión: *"Ahora bien, distinta es la situación con respecto al coimputado M. en relación a estas pericias. A este respecto tengo presente... que...las nulidades no están previstas por cómo .se realiza el*

acto, porque siempre estaríamos en el borde de declarar la nulidad por la nulidad misma, por si la formalidad se cumplió o no se cumplió, pues el mero formalismo no amerita la grave declaración de nulidad. Por eso las nulidades no pueden declararse, cuando el acto o los actos hayan cumplido las finalidades para las que estuvieron destinados, más allá de su irregularidad, pues ...sólo pueden decretarse cuando hay una situación concreta de vulneración de los derechos de la parte. Dicho de otra manera, todo ***justiciable tiene derecho a un proceso llevado a cabo en legal forma; eso constituye el piso. Ahora, la nulidad funciona como garantía, cuando el derecho no es respetado...", cuando "...la nulidad venia obligando o privando a los actos de efectos o pudiendo restablecerse, hacerse nuevamente como debía hacerse; lo que si presupone es la afectación de derechos.-*** *Considero que lo que sí debe tenerse presente en el caso de M., es* que *en la primer pericia, a M. ni a su defensa le fue notificada su realización, pero tampoco le fue notificada en la segunda oportunidad y en esto está la diferencia con el resto de los imputados. M., a diferencia de los otros dos imputados, nunca pudo ofrecer* un *perito de su parte, nunca pudo impugnar los puntos de pericia de la contraria, ni tampoco nunca pudo ofrecer los puntos mismos que puedan interesar a su parte ampliando los puntos ordenados por la fiscalía. Esto* nunca *lo pudo hacer. De esta manera lo que sí ocurre* a su *respecto, es que nos encontramos con una reiterada imposibilidad de control de la prueba de cargo, y* una *imposibilidad de producir prueba de su parte en un aspecto que era atinente y esencial en este juicio por homicidio agravado. En definitiva* a su *respecto no pueden serle opuestas las conclusiones de las pericias realizadas porque una y otra vez se afectó su derecho al control de la prueba de cargo y producción de* prueba *de su parte, sin subsanación posible en esta instancia, y sin consentimiento alguno. Entonces la nulidad se decreta... no por la sola falta de notificación, sino porque por el modo en que se realizó, le impidió a la parte reiteradamente el control de la prueba y la producciónde prueba de su parte para sumejor defensa,* ***y esto afectó sin dudas, a criterio del suscripto, el artículo 18 de la CN, los artículos 44 de la Const. Pvcial. Y también el artículo 1 y ccdtes del CPP."*** (Conf. pista N° 3, 00:00 a 04:22", aud. 23/12/12; cursiva y negrita intencionales).-

Y todavía, para que no haya duda alguna sobre los alcances de su decisión, ya al final de la audiencia -y ante el pedido de aclaración de la Defensora que asumiera a Defensa Técnica de M.

en ese momento, en reemplazo del Dr. Z., Dra. V. F. R., acerca de sí se producirían o no dentro del debate justamente las pruebas periciales (necrópsicas)-, indicó el Magistrado que si bien autorizó su uso en el debate, lo que decidió respecto de M., fue ***..gue no pueden serle opuestas...las conclusiones de tales pericias, por las afectaciones que hubo...",*** aclarando que ***es así porque*** **"... a su *respecto..."*** en relación, reitero, a M., **"...son *nulas..., pero no en relación a los demás...",*** (C. y S.) , respecto de los cuales *"...no se ha declarado la nulidad... es una cuestión "suí géneris... pero asi es como se resolvió..., esto es lo que ha ocurrido...";* no obstante, advirtió a la Defensora de M., que lo decidido, "... *no la priva de efectuar todos los planteos que tenga que hacer en cualquier instancia...".-*

Y atento a ello, justamente la Sra. Defensora formuló "...expresa reserva de volver a reeditar todas las cuestiones ... en que el resultado le fue adverso, durante el debate, atento a que... considera que están en juego garantías constitucionales elementales que hacen al debido proceso y a la legalidad de la prueba...". -

Agrego al pasar, sólo como dato ilustrativo, que a continuación, el Dr. Ponce, por la Defensa de C., en virtud de lo que establece el art. 299 CPP, en relación a la no vinculación de la decisión del Juez de la Audiencia Preliminar, en cuanto a la incorporación o no de la prueba, hizo reserva de ser reeditado el mismo planteo sobre la incorporación de las autopsias al momento del debate, a todo lo que proveyó el Magistrado de conformidad, al igual que a las reservas similares efectuadas por el Dr. D., por el coimputado S. (Todo, conf. Pista N° 7, aud. 23/12/12, min. 01:57" a 04:45")

Por lo que diré luego, me apresuro a resaltar que esta reedición del planteo nulificante que adelantara la Defensora de M., fue justamente la que propuso el impugnante al comienzo del debate, más allá de las falencias expositivas o de la imprecisión técnico jurídica que se advierte en su discurso, generando una rica discusión, con planteos, réplicas y dúplicas de las partes, que como fácilmente puede constatarse, ocupó buena parte del segmento de la primera audiencia del debate (la del día 26/05/14, pistas Nros. 5 a 12, incluyendo la última el resolutorio del Tribunal de Juicio Colegiado que

rechazara el planteo, hoy reeditado, sobre el que volveré "infra").-

II.2.1.. - Llegados a esta altura del análisis propuesto, y con base en los antecedentes reseñados, creo imprescindible dejar ya sentadas dos cuestiones- que a mi juicio, no pueden ni deben soslayarse, en la decisión que adoptará este Tribunal: una, referida al sentido y alcances de la resolución del Juez de la Audiencia Preliminar, Dr. Allende, respecto de la nulidad de las necropsias en relación a M., y la intrascendencia probatoria de sus conclusiones a su respecto, teniendo en cuenta que ellas fueron declaradas admisibles y pertinentes respecto de los demás coimputados, justamente por haber sido debidamente notificados de la realización de la segunda necropsia, como lo señalamos más arriba.- ' Y la otra, conceptual, sobre aspectos que sobrevolaron las discusiones producidas en el inicio del debate, básicamente vinculados a la esencia procesal de la audiencia preliminar y al ámbito de competencia o atribuciones del Juez interviniente en ese momento procesal, según el diseño propuesto en nuestros actual sistema acusatorio y adversarial.-

a) Respecto de la primera, si bien parece deslizarse cierta confusión en el razonamiento del Magistrado, no obstante, ratifica su decisión al final del resolutorio.- Por un lado, es indudable que reconocida en el caso, la trascendencia que respecto de M. tuvo la omisión fiscal de notificar la realización de las autopsias en cuanto a la vulneración de garantías de raíz constitucional (básicamente, inviolabililidad de la defensa en juicio y del debido proceso), se vio el Dr. Allende en la obligación de declarar la nulidad de ambas necropsias - pero sólo respecto de aquél, pues las irregularidades señaladas no se cometieron respecto de los demás y en relación a la segunda autopsia-, resaltando que sus conclusiones no podrán serle opuestas.- Y por otro lado, en el mismo resolutorio, al proveer la prueba, se pronunció favorablemente sobre la pertinencia y admisibilidad de las ofrecidas por el MPF, entre las que incluyó dichas pericias (integrantes de la Ev. "D" del LF cit.) , junto con las demás (Evs. "A" a "J" LF cit., conf. audio audiencia preliminar del 23/12/13, pista N° 5, min. 06:19 a 06”:37 y const. acta respectiva, fs. CJ cit.); inclusión sobre la que no reiteró la salvedad acerca de la inoponibilidad del contenido de dichas pericias respecto de M., que dispusiera párrafos antes en su

oralizada resolución.-

Más allá de estas imprecisiones, seguramente filtradas en el desarrollo del discurso oral empleado por el Dr. Allende para el dictado del resolutorio final, es claro que por lo dicho, el Juez sólo declaró admisible y pertinente las pruebas necrópsicas (contenido y conclusiones médico-legales Ínsitas en la confección del los informes), en relación a C. y S.; o lo que es lo mismo, no las admitió ni declaró su pertinencia respecto de M..-

Remarco lo dicho, porque ello explica de alguna manera, la confusión en que cayera también el Dr. Z., al requerir al comienzo del debate, se le aclarara cómo ponderaría el Tribunal de Juicio una prueba esencial del proceso, que había sido declarada admisible y pertinente, y por ende válida, para dos de los imputados, pero inoponible -o lo que en el caso es lo mismo, inadmisible e impertinente- por inválida, respecto de su pupilo.-

Y si bien, como atinadamente lo advirtieran tanto el Sr. Fiscal General Dr. Zacchino y el Sr. Defensor Público de C., Dr. Marcos Ponce, como el Magistrado Dr. Jorge Alberto Criado, integrante del Tribunal de Juicio y éste mismo, por disposición del último párr. del art. 299 del CPP., aquella decisión del Juez de la Audiencia Preliminar "...que admite o que rechaza un medio de prueba no vincula al tribunal del debate...",si se tienen en cuenta las particularidades y alcances del resolutorio de admisión de prueba del Dr.Allende, que marcáramos, más allá de las defecciones técnicas que puedan señalarse, no juzgo carente de razonabilidad aquél pedido de aclaratoria formulado por el Dr. Z. (o de "revisión", términos que se emplearon en la audiencia; conf. reg. Audio, pista N°5, aud. 26/05/14).-

Frente a ello, en la deliberación, tratamos de indagar las causas que generaron esta confusión, advirtiendo que respecto de la declaración de nulidad de las necropsias en relación a M., resueltas por el Dr. Allende –según lo constatáramos al escuchar el audio respectivo, en los términos que transcribiéramos "ut supra"-, sólo se consignó en el acta escrita de la audiencia, que no le serian opuestas las conclusiones de dichos informes, sin mención alguna sobre aquéllas razones que fundaran esa decisión y que, como vimos, oralizara el Juez en dicho resolutorio.- Tal confusión —como también lo indicamos más arriba-, se acentuó cuando el propio

Dr. Allende, al resolver sobre la admisibilidad y pertinencia de la prueba fiscal, admitió como válidas las necropsias citadas -y así se transcribió en el acta escrita-, sin hacer la salvedad que marcáramos sobre la inocuidad de sus conclusiones respecto del impugnante, decisión que sólo pueden entenderse razonable si se la .vincula necesariamente a la nulidad parcial -y lo es tal, porque fue dispuesta respecto de sólo uno de los coimputados-, que decretara el Dr. Allende en el mismo resolutorio, según vimos.-

Tal verificación, entendemos, sólo puede -y pudo- hacerse, confrontando el contenido del resolutorio oralizado en la audiencia por el Dr. Allende, con las constancias escritas del acta de debate, que en el punto explicitado, no resultan coincidentes.- No hace falta decir, que en nuestro sistema procesal, en que rige el principio de la oralidad (conf.art. 3 y ccdtes. del CPP), si de tal confrontación surgen discrepancias o contradicciones entre ellos -como ocurrió en el caso-, hay que estar indubitablemente al contenido del registro oral; sobre todo que en la audiencia preliminar rige en todo su esplendor, como es sabido, el principio de contradicción.-

Y todo esto, huelga reconocerlo, al menos explica, la discusión generada entre el impugnante, que pretendía se aclare cual iba a ser la situación de su pupilo en el debate frente al peso cargoso de dichas pruebas -por supuesto que según vimos, tenía razones para considerarlas no admitidas en su contra por el Juez de la Audiencia Preliminar-, y el Tribunal de Juicio, que partiendo de las constancias del acta de debate, aseveraba, como vemos erróneamente, que aquél había rechazado el planteo de nulidad y admitido dicha prueba -junto a las demás-, no dándole trascendencia a la llamada "inoponibilidad" de las necropsias respecto de M., ni menos a las razones por las que el Dr. Allende así lo dispusiera, las que como vimos, surgen de la nulidad de las mismas dispuesta en el resolutorio oralizado.-

Más allá de toda esta cuestión, lo cierto es que superada tal confusión y discusión inicial, fue ante la atinada y esclarecida iniciativa del propio MPF (conf. audio aud. Debate 26/05/14, pista N° 6, 04:00" a 04:19"), que se propuso al Dr. Z., plantee nuevamente ante el Tribunal de Juicio su pretensión nulificante, cosa que éste hizo (conf. conf. audio aud. Debate 26/05/14, pista N° 7), en términos similares a los

que empleara ante el Juez de la Audiencia Preliminar, que ya citamos (conf. pista N° 4, reg. Audio aud. 18/04/13), el que respondido por el Dr. Zacchino (conf. audio aud. Debate 26/05/14, pista N° 10), generara el resolutorio del Tribunal de Juicio, que finalmente rechazara el planteo de nulidad de las necropsias tantas veces citada, resolutorio oralizado en la audiencia (conf. pista N° 12 aud. Cit.), y contra el cual el citado Defensor Técnico formulara las reservas recursivas pertinentes (conf. pista N° 13, aud. Cit.); sobre ello, volveré "infra".-

b) En cuanto a la segunda cuestión que indicara al comienzo de este punto, acudo para responderla a conceptos como siempre esclarecedores, que extraje de un voto del Ministro del STJCh, Dr. Pfleger, quien respecto de tales cuestiones, advirtiera, previo a desentrañar lo que implica la audiencia preliminar, que "...conocer la naturaleza y esencia de los institutos, resulta fundamental ya que el orden político que alimenta a la técnica (y utilizo las palabras en el sentido que le brinda Kart Lowenstein en su "Teoría de la Constitución"), tiene un sentido preciso: dotar a las partes de potestades y deberes en un marco de igualdad para que desplieguen sus capacidades frente al Juez que se convertirá en arbitro de los comportamientos y que decidirá el valor de las hipótesis que se planteen.,.". Consecuentemente..., considero propicia la oportunidad para referir a la esencia del acto procesal de marras (qué es la cosa) y el ámbito de competencia (atribuciones) del Juez del asunto en ese momento procesal..." y para ello, "...la clave... está en determinar si el Magistrado que condujo ese acto procesal, estaba habilitado para analizar el contenido de la prueba aportada por las partes y consecuentemente, no sólo decidir sobre su legalidad, pertinencia y admisibilidad, sino predecir su incapacidad de generar o sostener un debate serio en el juicio.- En este sentido principiaré por afirmar que la audiencia preliminar constituye el acto procesal imperativo de la fase intermedia del proceso penal acusatorio, que se desarrolla oral y contradictoriamente, frente a un Juez imparcial, mediante el cual se realiza el control jurisdiccional crítico de la etapa de investigación, conducida por el Ministerio Público.- Este control crítico, importa la verificación de la validez formal de la acusación y, a la par, la consistencia del caso para habilitar la etapa de juicio, a

partir de la prueba que se ofrece, por ambas partes. Si bien la palabra consistente puede generar incertidumbre, considero que ella -que lingüísticamente significa duración, estabilidad, solidez (Diccionario RAE) - integrada al sustantivo "caso" en función adjetiva, implica que la argumentación acusadora y sus fundamentos resulten legalmente aceptables y posean la cualidad o capacidad de generar la convicción de que constituyen base seria para el debate.- Durante la misma, y por su condición contradictoria, la Defensa y el imputado pueden ejercer en plenitud el derecho de oponerse al progreso de la acción por razones formales o sustanciales. Los planteos de nulidad, por ende, resultan factibles...".- Y agrega: "Esta definición, general, revela o sirve de cartabón para interpretar adecuadamente las normas del momento intermedio (en especial el art. 295 del C.P.P en tanto interesa) y encuentra antecedentes en el Proyecto Maier de 1999 y el Proyecto Inecip que la estatuían en sus artículos 6 a 10 el primero y 254 a 262 el otro.- De esto se deduce, respondido qué es la cosa, el marco de atribuciones del Juez y, en ese sentido, fluye que para decidir sobre la "consistencia del caso" necesariamente ha de ponderar la validez o legalidad, pertinencia y calidad de la prueba ofrecida."(STJCh, Sala Penal, Sent. N° 40 - Año: 2012, 24/04/12, autos caratulados "A., J. P.s/ denuncia Abuso sexual s/ impugnación", Expte N° 22.164 - F° 16 - Año 2010, Voto Dr. Pfleger, Eureka On line).-

Pues bien, es claro que en este aspecto y más allá de las imprecisiones señaladas, al pronunciarse como lo hiciera, el Dr. Allende ha adecuado su proceder a tales conceptos y al marco normativo previsto en los arts. 295, 298, 299 y ccdtes del CPP; y, en mi opinión, es en base a ello, que debe interpretarse el párrafo final de la última disposición citada, que antes transcribiéramos.-

II.2.2. - Con sostén en tales precedentes y conceptos, analizaré seguidamente la resolución del Tribunal de Juicio antes citada, precedente inmediato del contenido de la nulidad en análisis.-

Allí, a través de su Presidenta, Dra. Graciela Anabel R., el Tribunal oralizó su decisión frente a la nulidad planteada por el Dr. Z., cuyos fundamentos transcribo a continuación: "... el tribunal entiende que el Dr. Allende en su preliminar del 18 diciembre, rechazó... los planteos de

nulidad y estableció una oponibilidad respecto del imputado M. y de su representante legal en este caso el Dr. Z..- El tribunal en forma unánime ha resuelto que no existen, o no se planteó, o el Dr. Z. no planteó un agravio respecto de esta actividad pericial, sin perjuicio de existir una alteración al debido proceso, formal, esto es la falta de notificación concreta, habiendo ya asumido la defensa de señor M. el día 4 diciembre 2012. No obstante, no nos ha explicado el Dr. Z., de qué modo ello afectó el derecho de defensa de su representado, qué actividad le impidió realizar, cuál es la conclusión a la que no pudo oponerse, cuál fue la solicitud efectuada al MPF o al Tribunal intervinientes en su caso, que le impidió realizar adecuadamente su trabajo como defensor de confianza del señor M.. Sirva a modo de ejemplo, que hubiese solicitado ampliar los puntos de pericia y que le hubiesen sido rechazados, o que hubiese requerido una nueva exhumación y que el tribunal, o el fiscal, o ambos, le denegaran esta posibilidad. No percibe este Tribunal de los dichos Dr. Z., que haya un agravio concreto, y compartimos con el Dr. Zacchino que al no existir un agravio concreto, estaríamos declarando la nulidad por la nulidad misma.- Por esta razón entendió el Tribunal que el planteo del Dr. Z., no encuadra en las disposiciones del art.161 sgtes. y cctes. del CPP.-. Respecto de la segunda cuestión, esto es, la oponibilidad o no, resuelta por el Dr. Allende, entiende que una vez producida en su totalidad la prueba, es facultad exclusiva de este Cuerpo, valorarla y analizarla conforme se desarrolle la actividad probatoria y conforme a los alegatos finales donde las partes podrán reiterar y sugerir al Tribunal o alegar respecto de cómo debería ser interpretada la prueba. Por ello rechazó la nulidad propuesta por el Dr. Z., se habilita al ministerio público fiscal a producir toda la prueba y el tribunal va a analizar la totalidad la prueba que se produzca en esta audiencia".

A ello, el Dr. Criado, sin perjuicio de adherir a los fundamentos dados por la doctora R., agregó "...que le pareció que no quedaba claro que el rechazo abarca no sólo el vinculado al planteo de nulidad de las autopsias, sino también el planteo que había hecho en base a la doctrina del fruto del árbol envenenado, en relación a las otras experticias que se habían realizado, como el estudio de ADN, reiterando que el rechazo es integral, agregando sólo que entienden que la resolución del

Dr. Allende, ha sido un tanto confusa...", -de allí la aclaración pedida por el Dr. Z.-, agregando que ".. más que una aclaración, lo que se había que hacer es delimitar la competencia jurisdiccional de cada uno de los jueces; esto es, en la etapa penal preparatoria, el juez penal de la audiencia preliminar, tiene facultades para admitir un planteo de nulidad o declarar válida una prueba; una vez que ha declarado- válida una prueba, la misma es válida y se ventila en juicio en forma completa; por ello, respecto a la parte de la inoponibilidad, el Tribunal debe dejar en claro que está por fuera de lo que podía resolver en ese momento, por ello entendemos que allí resolvió por la validez de la prueba.- La segunda parte, no le puede dar indicaciones el Juez de la Preliminar a sus colegas, los Jueces Penales que estamos integrando este Tribunal, en relación a la verificación del testimonio concreto del Dr. R. o como se ventile la prueba en relación a la validez como prueba; entonces en ese sentido, la no oponibilidad a M. estaba por fuera del ámbito jurisdiccional habilitado por la Constitución y la Ley al Dr. Allende, por lo cual el Tribunal admitirá la prueba que se produzca como válida y luego las partes alegarán al final del debate en relación a la validez que quieran que el Tribunal le otorgue a la misma...".- Finalmente el Dr. O'Connor, agregó, complementando la resolución del tribunal, "...que el sentido de la resolución del Tribunal, es que en el nuevo sistema de CPP, más allá de la constatación de que un acto procesal haya sido efectuado como lo indica el Código, lo que es lo sustancial para declarar una nulidad, es que se demuestre un perjuicio concreto, es decir qué actividad concreta no pudo realizar el defensor en este caso y esto entendemos, no ha sido demostrado por el Defensor, no ha sido argumentado en estas cuestiones procesales tal como lo marca el principio procesal que exige que quien alega debe probar y esto entendemos no lo ha efectuado la Defensa" (Conf. Aud. Deb. del 26/05/12, Pista N° 12)., Un rápido repaso de esta resolución, permite vislumbrar de inicio, que el tratamiento de la nulidad de las necropsias pretendida por el hoy recurrente, parte de dos aseveraciones falaces: primero, que el Juez de la audiencia preliminar rechazara el planteo nulificante de las mismas, efectuado por el Defensor Técnico de M., cuando en realidad, como vimos, no sólo no lo rechazó, sino que, por el contrario, lo acogió, compartiendo sus fundamentos, referidos esencialmente a la vulneración de las

garantías constitucionales del imputado que además, citó y especificó.- Y segundo, que el Tribunal de Juicio, partiendo de aquél supuesto rechazo de la nulidad -ya vimos que esto no fue así-, ratificó la admisibilidad y pertinencia de todas las pruebas de cargo propuestas por la Fiscalía, incluidas obviamente las necropsias cuestionadas (Ev. "D" LF cit.), para hacerlas valer en el debate, también respecto de M., por los argumentos que se transcribieran.- Es claro que si se parte de aceptar como válida aquella premisa rechazo de la nulidad de tales pruebas en la Audiencia Preliminar-, carecería de sentido que el Juez de dicha audiencia declarara la inoponibilidad de sus conclusiones respecto de M., como lo hizo.-

Obviamente, a mi entender, esta conclusión recobra plenamente su sentido y alcances, si contrariamente, se parte de la decisión nulificante de dichas pruebas, que adoptara el Dr. Allende frente al planteo del hoy impugnante, pues resulta una lógica consecuencia de tal invalidez, desde que, como lo reiteramos, la irregularidad denunciada se verificó sólo a su respecto.- De manera que la admisibilidad y pertinencia de tales pruebas que como vimos el Juez proveyera sin reparos al receptar las incorporadas al legajo fiscal (reg. Audio de la audiencia y acta aud. deb, fs.58 CJ cit.), debe entenderse que alcanza sólo a los otros dos coimputados (S. y C.), no así a M., justamente por efecto de la nulidad de ellas dispuesta oralmente como vimos, sólo a su respecto por el Dr. Allende y de su expresa decisión en punto a la imposibilidad de oponérseles sus conclusiones (conf. audio transcripto y const. acta debate, punto 3) del resolutorio, fs.57 vta. CJ cit.).-

En esta misma línea de análisis, puede observarse que también el Dr. Criado, al complementar el resolutorio, según vimos, partió de la misma premisa -errónea por cierto, según quedó probado-, esto es, de que el Dr. Allende había denegado la nulidad de las necropsias respecto de M., o lo que es lo mismo, se había pronunciado por su validez.- Obsérvese en ese sentido, que el citado Magistrado, al cuestionar al Juez Allende su competencia para resolver sobre la ínoponibilidad de las conclusiones de los informes necrópsicos -sostuvo que ello "está por fuera de lo que podía resolver en ese momento... estaba por fuera del ámbito jurisdiccional habilitado por la Constitución y la Ley..."-, daba por sentado que el mismo había declarado válidas las necropsias impugnadas; por ello, indicó como lo marcamos más arriba que "...una vez que ha declarado

válida una prueba, la misma es válida y se ventila en juicio en forma completa..." por lo que "...entendemos que allí resolvió por la validez de la prueba... por lo cual el Tribunal admitirá la prueba que se produzca como válida y luego las partes alegarán al final del debate en relación a la validez que quieran que el Tribunal le otorgue a la misma...". –

Si bien podría compartirse en parte el criterio del Dr. Criado, en cuanto al señalamiento que hace sobre el ámbito general de competencia del Juez de la Audiencia Preliminar - pues está en sintonía con el concepto que al respecto aceptamos a través de la cita transcripta más arriba-, disentimos en cambio, con su afirmación acerca de la inhabilidad legal de éste para resolver respecto de M., que las conclusiones de dichas necropsias no deben serles opuestas a éste en la instancia procesal pertinente; sobre todo teniendo en cuenta, como ya lo reiteré, que ello resulta ser una consecuencia lógica y natural de la nulidad de las necropsias, decretada por el mismo Juez -no de su validez, como lo afirmara el Magistrado-; nulidad es claro, resuelta dentro del marco de sus atribuciones procesales.- Recordemos de la cita transcripta, -aún asumiendo el costo negativo para el lector de su reiteración-, que el Juez de la Audiencia Preliminar, es el Magistrado destinado a ejercer "...el control jurisdiccional crítico de la etapa de investigación, conducida por el Ministerio Fiscal..." y, como tal "...está habilitado para analizar el contenido de las pruebas aportadas por las partes y consecuentemente, no sólo decidir sobre su legalidad, pertinencia y admisibilidad, sino precedir su incapacidad de generar o sostener un debate serio en el juicio..."; control crítico, que importa "...la verificación de la validez formal de la acusación y, a la par, la "consistencia del caso" para habilitar la etapa de juicio, a partir de la prueba que se ofrece, por ambas partes...."; "consistencia del caso" que, para ser decidida por el Juez, éste "...necesariamente ha de ponderar la validez o legalidad, pertinencia y calidad de la prueba ofrecida..." (conf. cita fallo STJCh, voto cit).- De allí su habilidad legal de decretar la nulidad de las pruebas referidas y fijar sus alcances; y esto es lo que hiciera el Dr. Allende, tal lo interpretamos.-

Sin perjuicio de ello, coherentemente con el contenido y alcances de esta resolución inicial, el Tribunal "a quo", durante el desarrollo del debate, a través del testimonio

prestado en la audiencia de juicio por el Dr. R. y de las explicaciones que se le requirieran, se incorporaron al plexo probatorio de cargo, ambas necropsias -a más de la pericia genética de ADN, entre otras-, las cuales, obviamente, junto con las explicaciones del Forense, fueran tomadas por los Jueces, como unas de las pruebas incriminantes centrales de la condena impuesta también a M. por la sentencia en crisis, compartiendo al respecto la valoración que hiciera de la misma la acusación para tener por debidamente acreditada su autoría y responsabilidad penal -junto a C.-, en el hecho por el que se lo llevara a juicio.-

II.2.3. - Con base en todo lo llevamos dicho, entre lo que incluimos las argumentaciones y fundamentos que fuimos puntualizando en relación al agravio en tratamiento, con más lo que agregaré en el presente apartado, adelanto que el mismo debe ser receptado.- Veamos.-

Se ha acreditado, más que sobradamente, según vimos, que el imputado M. ni su Defensor Técnico., fueran informados ni por el MPF, ni por intermedio de la Oficina Judicial, de la realización ni de la primera (del 1°/12/12), ni de la segunda (14/12/12) autopsia que se le realizara a U..- Información que obviamente debía incluir cuándo, donde, por quién, cómo y para qué se efectuarían.-

Ello para que, como lo resaltáramos más arriba, en cumplimiento de las disposiciones procesales que así lo imponen (arts. 169, 198, 204, 207, entre otros), pudiesen ejercer el adecuado control de la realización de las operaciones periciales, así como también efectuar los planteos y observaciones que fueren menester, conocer los puntos de pericia propuestos por la acusación para poder objetar los mismos y/o poder proponer otros, que hagan a su derecho, tener la posibilidad de designar un contralor técnico de dichas operaciones, entre otras cuestiones que pueda sugerir la realización de tamaña prueba, con la obvia incidencia que la misma debía indudablemente tener en una investigación por homicidio, según diremos.- Y ello, como también lo remarcamos, no ha pasado inadvertido al Sr. Fiscal Interviniente; sobradas, han sido las muestras que diera de su preocupación por subsanar en tiempo oportuno las fallas en la notificación a los implicados y sus defensores de la realización de las citadas necropsias, lamentablemente sin resultado respecto de M..-

También se ha acreditado que varios días antes de que se propusiera por el MPF subsanar la omisión de la notificación de la primera necropsia, ya el órgano acusador, como fuera reconocido por el propio Dr. Zacchino, conocía la designación por M. de su Defensor Particular y su intervención en el proceso asumiendo su carácter de Defensor Técnico de aquél y por ende habilitado para ejercer el control referido de la realización de la autopsia.-

Es en estas condiciones en que se omitió nuevamente, pero ahora sólo respecto de M. y su Defensor, cursarle la misma comunicación que el Dr. C. le cursara a la OFIJU y a la Defensa Pública, con todos los requisitos, puntos de pericia, exigencias de respeto al protocolo de autopsias, etc., que según vimos, se volcaran en la citada comunicación, información ésta obviamente imprescindible para ejercer en plenitud aquellos derechos y facultades de contralor y/o de oposición a la obtención de pruebas de cargo que le otorgan las normas procesales citadas y que acabamos de ejemplificar.-

También resulta del análisis precedente, que esta omisión no ha sido subsanada ni convalidada en las instancias posteriores de la investigación penal preparatoria; es más, la segunda necropsia -junto a la primera-, integraron el Ev."D" del LF, siendo ofrecidas como prueba documental por el MPF al formular su acusación, junto con el testimonio del Dr. R., llamado a pronunciarse sobre todo lo vinculado a aquéllas, a más de lo consignado en el Certificado de Defunción, integrante de la Ev."C" (conf.esc.ac., fs.25 vta. y 27., CJ cit.); y, frente a ella, contestando la acusación, se levanta la oposición expresa del impugnante, solicitando por entonces se decrete la nulidad absoluta de las necropsias (Ev. "D" LF cit.) y su inadmisibilidad respecto de su defendido, tanto de dicha prueba como de la testimonial del Dr. R., haciendo reserva de ampliar los fundamentos de tal petición en la audiencia preliminar (Conf. escrito Dr. Z., cont. Ac., fs.41 CJ cit.), cosa que como vimos, realizó exitosamente al menos respecto de aquéllas, atento la declaración de nulidad que en relación a su defendido dictara el Dr. Allende en el resolutorio oralizado, tantas veces citado.-

Y más aún, repasando el registro de audio de todas las incidencias producidas en la audiencia de debate, puede advertirse claramente que la Defensa ha mantenido inalterable y persistentemente su pretensión nulificante, por los

fundamentos constitucionales reiteradamente invocados.- Y, tampoco ha habido, a través de la parte acusadora, que cometiera la omisión tantas veces referida, ninguna iniciativa o actividad particularmente encaminada a remover, renovar o cumplir el acto omitido, salvo la que propiciara en relación a los otros coimputados.- Por ello, resultan inaplicables al caso los supuestos de saneamiento o convalidación de las nulidades previstos en nuestro sistema procesal penal (arts. 162 y 163,inc. 2º CPP), no obstante las sugerencias contrarias insinuadas por el MPF.-

Teniendo en cuenta lo que llevamos dicho, llegamos a los puntos centrales a dilucidar: la omisión de darle al imputado y/o a su Defensor de Confianza, en el acto procesal cuestionado, la intervención impuesta por las normas procesales citadas, ¿ha implicado en el caso una vulneración insuperable de las garantías del debido proceso y de la inviolabilidad de la defensa en juicio, previstas en su favor por las normas constitucionales invocadas por el impugnante?; o desde otra perspectiva, dicha irregularidad, o con más justeza técnica, dicha "actividad procesal defectuosa" (Maier,J., "Dcho.Proc.Penal",Tº III, Parte General, Actos Procesales", Ed.Del Puerto, Año:2011, pág.32/55; Binder, A.M.,"E1 Incumplimiento de las formas Procesales", Ed.Ad Hoc, en especial, fs.76/117 entre otros), del Ministerio Público, ¿ha sido sólo una irregularidad formal, inocua frente a las garantías procesales de las que está investido el imputado desde el inicio mismo de la investigación penal instaurada en su contra o, por el contrario, ha impedido absolutamente a M. ejercerlas plenamente?; ¿existía o no en aquel momento procesal la posibilidad de subsanación o saneamiento de la irregularidad cometida? Y en su caso, tal iniciativa ¿debía ponerse a cargo de quien causara la irregularidad, esto es el MPF,o de quien la padeciera, como pareciera sugerirlo el MPF?.-

Al respecto, parto por señalar que como ya lo he remarcado "ut supra", la exigencia procesal de nuestro actual Código de forma de notificar a la Defensa del imputado -y a la otras partes- de la realización de una prueba como la que aquí interesa (conf. arts. 169, 198, 201, 204, 207, entre otras), no responde a un mero ritualismo, vacío de contenido o significación, sino, por el contrario, a la necesidad de permitir al acusado el ejercicio pleno de su defensa eficaz,

en todas las actividades de observación, oposición, contralor y proposición, que el motivo y la realización de la prueba le permitan, en sintonía con el principio de contradicción ya citado (art. 3 CPP).-

Adviértase sino en este punto, qué distinta era -y fue- la postura procesal frente a la misma prueba de los co imputados y sus Defensores, a quienes sí desde el MPF, se les notificara puntillosamente como quedó dicho, la realización de la segunda necropsia, y con ello se los alertara sobre las circunstancias de tiempo y lugar de realización, los puntos periciales a responder, determinación de la causa y data de la muerte de la víctima, y obligaciones a las que estaba sometido el Sr. Médico Forense en la tarea encomendada (conf. texto not. Dr. C. transcrita; arts. 197, 198, 1er. párr., 207 y ccdtes. CPP).-

Es evidente que por aquella irregularidad, nada de estos requerimientos, ninguna de las facultades conferidas por dichas normas, pudieron ser ejercidas adecuada y legalmente y en tiempo oportuno, por el Defensor Técnico de M., sobre todo teniendo en cuenta, como se viera que se estaba frente a una prueba que por su particulares posibilidades, naturaleza y características, era del tipo de las irreproducibles, como bien lo reconociera, según también lo anotamos, el Dr. Zaccchino y lo marcara con más detalles la primer votante.-

No es necesario ser muy sagaz para advertir que este impedimento de ejercer su derecho a ser oído y de poder oponerse fundadamente o cuestionar la realización de actividad probatoria de cargo por parte del órgano acusador, desde el inicio mismo de la investigación en su contra, atribuible exclusivamente a una actividad procesal defectuosa del MPF, violenta abiertamente la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio y del debido proceso; y hasta podría sostenerse, aunque no la invocara el impugnante, también el principio de igualdad ante la ley (arts. 16 CN y 6 Const. Prov.).-

Por otro lado, debe observarse que ello es aún más notorio desde que las conclusiones de las necropsias, en especial, la que esclareciera la causa de la muerte de la víctima, fue merituada especialmente por el Tribunal de Juicio, pues vinculada al accionar de los imputados - acreditado también por los aportes de los testigos presenciales, junto a la presencia de aquéllos en el lugar del hecho y la coincidencia

de los rastros genéticos de zapatilla secuestrada en la casa de M. con los de la sangre de U., entre los más importantes-, les permitió reconstruir la materialidad delictiva y la autoría de los imputados en el hecho de autos, aspectos sobre los que volveré "infra".- Sin embargo, como bien lo señalara la Magistrada que votara antes, de los propios informes necrópsicos e incluso del testimonio del Dr. R. en debate conf.reg.audio que hemos escuchado atentamente) y de la confrontación entre las lesiones que dijo haber constatado el Médico Forense, con las observadas -y fotografiadas- en el lugar del hecho por el Of. En Criminalística R. M. R. (conf. Inf. Criminalístico y fotos y croquis planimétrico, Ev. "F" LF cit., y su declaración en debate), detectando lesiones claras no señaladas ni evaluadas por el Forense, se desprenden evidencias que cuestionan severamente la veracidad del contenido mismo de tales necropsias.- Pues bien, desde estas constataciones, obvio es decirlo, se explica y resiente aún más la vulneración del derecho de defensa, al no haber podido el impugnante, por la actividad defectuosa del MPF, tener la posibilidad de verificar y controlar tanto el cumplimiento del protocolo de autopsia – que el Forense reconoció no haber cumplimentado-, como la realización y regularidad de tales experticias.-

En esta línea, comparto y reafirmo el criterio jurisdiccional que en lo pertinente, luego de indicar que el derecho a defenderse que consagra nuestra Constitución Nacional comprende, entre otros aspectos, la facultad del imputado de ser oído, sostiene que este último, "...está íntimamente vinculado con la posibilidad que tiene el imputado de controlar la prueba sobre la que se cimienta la imputación para así poder enfrentarla con el objeto de neutralizarla o bien atenuarla...", y que "...esta facultad que tiene el imputado de controlar la prueba y de alegar aquella que sea pertinente para resistir la imputación que se le dirige o bien atenuarla, tiene una .mejor realización si se cumple con el ideal de equiparar las posibilidades de éste respecto de la del acusador, precepto que integra el derecho de defensa...".- Y por ello agrega que "...Cercenar el derecho de control de la prueba de cargo o de descargo que puede servir de fundamento para la adopción de decisiones que...pueden producir consecuencias respecto del imputado que, en algunos casos puede resultar de tardía reparación, importa una clara

violación al derecho de defensa y debido proceso legal..." contemplados "...en la Convención Americana sobre Derechos Humanos -art.8.2- y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -art.14, ap. 2 y 3-, ambos con jerarquía constitucional..." (CFed.C.y C., Sala I, 18-2-2009, "Huaman", c.42.644, cit. Rev.Dcho.Proc. Penal,dir. Por el Prof. E.A. Donna, "La Defensa Penal - II", 2010-2, pág.314).-

Por todos los fundamentos expuestos, concluyo que el agravio en tratamiento, debe ser receptado, debiendo declararse la nulidad de las necropsias, así como también la declaración testimonial del Dr. D. R., a través de la cual se introdujeron tales experticias al debate, y las explicaciones sobre su contenido que allí diera el Sr. Médico Forense; todo por aplicación de los arts. 161, ler.párr. 164, últ.párr. 26 y ccdtes. del CPP; 18, 75, inc. 22 CN, 8.2. CADH y 14, ap. 2 y 3 PIDCP y 44 Const. Pvcial..-

En sintonía con lo resuelto, considero atinente y esclarecedor recordar doctrina de la CSJN que postula que "... La procedencia de la nulidad por vicios de forma exige, como presupuesto, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho..." -acoto, como sucedió sin duda en el caso-, "...ya que de otro modo la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, que va en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público..." y que "...La idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso, de modo que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro, y tan delicado equilibrio se malogra cuando la facultad de anular actos procesales excede la finalidad que ésta protege, lo que se manifiesta evidente en aquellos casos en que su ejercicio resulta innecesario para preservar la garantía de la defensa en juicio, lo que puede tornar en la práctica, estéril, la persecución penal de graves delitos..." (A 63 XXXIV; "Acosta, Leonardo y otros.04/05/2000T. 323, P. 929, cit. en fallo del STJCh, Sala Penal, Sent. N° 40Año:2012, del 24/04/12, Expte. 22.164, Eureka on line), agregándose en la última causa citada que "...la nulidad de un acto procesal y su proyección negativa en un caso determinado, ocurre cuando hay infracción concreta a un derecho constitucional, situación que debe ser

racionalmente explicada por el órgano que toma la decisión, o por quien la postula..." (STJCh, Sala Penal, fallo cit.), lo que creemos, hemos hecho en los párrafos precedentes.-

II.2.4.- Asimismo, por aplicación de la última norma procesal citada (art. 164,2do.párr.CPP), debe también nulificarse parcialmente el contenido del Certificado de Defunción del Sr. U., confeccionado y suscripto por el Sr. Médico Forense, Dr. D. R. (conf. Ev. "C", fs. 14 LF cit.) pero, como lo adelantamos "ut supra", sólo en cuanto a la mención que allí se hace respecto de la causa de la muerte ("traumatismo craneano grave...") , desde que según se indicara en el encabezamiento del Certificado por el propio Dr. R., tal dato lo obtuvo de la realización de la pericia médica legal (obviamente, la primer necropsia).- Siendo tal constatación derivación directa del acto anulado, debe correr la misma suerte (conf. art.164, últ. Párr. CPP).-

Por el contrario, tal decisión no alcanza al resto del citado instrumento, desde que su finalidad primordial sólo se reduce, como bien lo advirtiera el Dr. Zacchino, a constatar y a acreditar el hecho de la muerte, como fin de la existencia de las personas físicas, y para su utilización por el Registro Nacional de las Personas.- Por ello, como tal, de ningún modo puede ser cuestionado.-

II.3. - Pasando ahora a los cuestionamientos del impugnante a la validez de las otras pruebas que considerara también violatorias de las garantías constitucionales del imputado, que señaló en cada caso, y por tanto afectadas de nulidad, trataré en este punto las vinculadas tanto a la diligencia de secuestro de prendas de vestir de la victima, llevada a cabo por personal policial en el Hospital "Dr. Guillermo Moreno" de la localidad de José de San Martin, a pocas horas del hecho (9,30 hs., del 01/12/12, conf. acta Ev."B", fs. 12 LF cit.), como a la referida al allanamiento, detención, requisa personal y secuestro de prendas de vestir del imputado, también llevada adelante por personal policial en el domicilio de M. -la orden incluía su realización también respecto de los domicilios de los otros coimputados-, ausente en ese momento del mismo, cumpliendo el mandato judicial respectivo (conf. fs.56/57 y 65, Ev. "G", LF cit.) . –

Adelanto que en ambos casos, las nulidades invocadas deben ser rechazadas.-

Respecto de la primera, el impugnante fustigó su validez por haberse efectuado la diligencia sin autorización judicial previa, no obstante no ser una medida urgente que hiciera peligrar la preservación de la prueba, y por fin, por no haber sido controlada la diligencia policial por la funcionaría de turno del MPF.-

En el punto, como bien lo ha sostenido el Dr. Zacchino al contestar tal agravio (conf. fs.148 y vta. CJ cit.), no sólo no ha existido ilegalidad alguna, ni en el desarrollo, ni en el resultado de la diligencia, sino que no ha existido posibilidad alguna de lesión a los derechos de su asistido, desde que la misma se ha llevado a cabo con intervención y autorización del MPF, quien las diera en el marco de sus atribuciones legales específicas para ese momento de la investigación que comenzaba (conf. arts. 112, 268, y 278, 3er. párr. CPP), desarrollándose toda la actividad, en su carácter de policía judicial, dentro del marco legal diseñado por las normas procesales aplicables citadas por dicho Magistrado (arts. 266, 118, 2do.párr., respecto del carácter de "policía judicial" del personal policial que interviniera, y especialmente, los arts. 118 a 120, todos del CPP).-

Por otro lado, como también lo puntualizara adecuadamente el Dr. Zacchino, tampoco el impugnante -ni en el escrito de introducción del recurso, ni en su complementación en la audiencia celebrada en esta sede-, precisó cómo y porqué, en esa diligencia, se habrían vulnerado derechos o garantías de su asistido; tampoco por lo dicho, se advierte que ello haya sucedido.-

Para no ser reiterativo, doy sostén a mi decisión denegatoria, en los demás fundamentos vertidos sobre el punto en el sufragio precedente, que aquí reproduzco y hago míos.- Por ellos y por lo aquí dicho, concluyo que el agravio respecto de esta prueba, no debe ser acogido.-

La misma suerte, adelanto, correrá la nulidad planteada respecto a la segunda diligencia mencionada, en base a una supuesta falta de fundamentación de la orden que dispusiera la diligencia y, en segundo lugar por haber sido realizada en ausencia del imputado y de otros moradores de la vivienda.-

Al respecto, repasando el contenido material de la orden y el desarrollo de la diligencia volcada en el acta respectiva, no advierto, en este caso, irregularidad alguna que genere algún tipo de invalidez como la pretendida por el Dr. Z.- Si

los objetivos y alcances de las medidas dispuestas por el Juez Penal Dr. Javier Allende, a requerimiento de la Sra. Fiscal de Turno, Dra. Maribel Delgado, fueron consideradas razonables por aquél, compartiendo por tanto la fundamentación del pedido -tal se desprende del texto del sello referido por el impugnante, (fs. 57, CJ cit.), y tal orden judicial fue citada en el texto del acta que registrara la diligencia, amén se llevarse a cabo conforme las formalidades prevista en el ritual, y estar dirigida sólo a detener, requisar y secuestrar prendas de una persona inculpada nada menos que de un homicidio, que interesaban sobremanera para su individualización conforme los datos iniciales con que contaba el Investigador; no se advierte conculcación alguna a los derechos y garantías de su asistido, ni vinculadas a la protección del domicilio ni de su intimidad, ni ninguna otra.- La circunstancias que al llegar a cumplir la orden, el personal policial interviniente advirtiera la inexistencia de moradores en el interior de la vivienda de aquél, por lo que ingresaron al mismo por una ventana lateral, sin daños ni forzamiento alguno, dado que se encontraba sin cerrojo, en nada modifica la regularidad del procedimiento, ni torna ilegítima la detección y secuestro de las prendas del imputado, unas coincidentes con la descripción que de ellas hicieran los testigos presenciales del hecho y una zapatilla con presuntas manchas hemáticas observadas "en el arco interior".- Si a ello agregamos que por las circunstancias apuntadas, el ingreso sólo pudo hacerse sin daño alguno para el inmueble, por una ventana lateral, ello, como lo señalara también con razón el Dr. Zacchino, constituye una variante posible para el "uso de la fuerza pública autorizada por el Juez" y, agrego, utilizada racionalmente como se hiciera.-

Por ello ninguna objeción, ni otros cuestionamientos pueden jurídicamente realizarse sobre ellos.- También aquí, por estas razones, con más las expuestas en los votos precedentes, corresponde rechazar la invalidez en tratamiento.-

II.4. - Pasando ahora a la nulidad planteada respecto de la pericia genética (Conf. ap. "I", Primer Agravio, fs.138 vta./139 CJ cit.), la que, en lo que aquí interesa, confrontando los rastros hemáticos de la citada zapatilla secuestrada en el domicilio allanado de M., encontró probabilidad de identidad del 99,99% entre el perfil genético

hallado en la misma, con el de la víctima (conf. Ev. "I", cit.).-

Respecto de los cuestionamientos sobre la validez de dicha prueba, el impugnante la consideró inescindiblemente ligada a las muestras hemáticas de la víctima contenidas en los hisopos obtenidos en las necropsias nulificadas, desde que ellas sirvieron de base a la confrontación genética realizada en el CENPAT, por lo que la misma y sus conclusiones debía correr la misma suerte que las necropsias, por ser consecuencia derivada de una prueba obtenida ilegalmente, resultando aplicable al caso la conocida "teoría del fruto del árbol envenenado".-

Sin perjuicio de que tal cuestionamiento podría ser al menos razonable, en el caso, si nos remontamos al tiempo en que se realizaran las necropsias, la obtención de las muestras hemáticas para el confronte referido, no dependía su obtención exclusivamente de la forma que se empleara, sino que por el contrario, como lo explicara puntualmente el Dr. Zacchino al responder el agravio, el MPF contaba con las prendas de vestir de la víctima, cubiertas con su sangre, que fueran secuestradas en el Hospital, según da cuenta la diligencia respectiva (conf. Ev... "B"cit.), que como lo afirmé más arriba, al rechazarse su nulificación, la legalidad y regularidad de la obtención de tales evidencias, no puede cuestionarse.- Es decir, que en el caso, existía en manos del órgano de persecución penal, otro elemento idóneo del que podía obtener sin inconvenientes material genético de la víctima para el confronte realizado en la pericia referida, por lo que tenia a su disposición, un cauce independiente de la necropsia, para la obtención regular de las muestras sanguíneas de la víctima, también idóneas para confrontarlas con las del imputado.- Y ello sí obsta a la aplicación de aquella teoría y por ende a la extensión de los efectos nulificantes de las necropsias a la prueba de ADN referida.-

Estas sencillas razones, me llevan a compartir con mis colegas, el rechazo de la nulidad de dicha prueba.-

II. 5.- Abordando ahora el lamado por el impugnante "tercer agravio", direccionado a cuestionar el decisorio en crisis, reprochándole falta de motivación lógica en los fundamentos sobe los cuales se elaboraran los Jueces el juicio de autoría de su pupilo.- Ello, pues a su juicio la determinación de los tres coimputados como autores del

homicidio en agresión, que decidiera el Tribunal, no se corresponde con las versiones contradictorias y confusas de los tres testigos presenciales del evento, que depusieran en juicio, N. H., J. E. M., y J. S. -reconocidas en los párrafos de los votos de los Dres. Criado y R., que transcribió-, los que fueron imprecisos al detallar cual fue la patada o el golpe de puño que puso fin a la vida de U.. A ello le agregó que si no se pudo determinar el nexo causal que a ciencia cierta provocó el deceso de la víctima, mal se podría aseverar que el autor deba ser su defendido, apuntando además que el compañero de causa de su pupilo, el menor L. A. S., en el acuerdo homologado del juicio abreviado celebrado momentos antes de que comenzara el debate, sí se reconoció como autor del homicidio de U..- Entiendo que estos cuestionamientos, al estar estrechamente vinculados a la suerte y consecuencias que se derivan de la nulificación de las necropsias y de lo que ellas estaban destinadas a acreditar, y a la declaración del Dr. R. a través de la cual éstas se introdujeron al debate, atento el impacto que tales decisiones tendrán sobre la motivación de la sentencia en crisis, cuestión compleja que trataré en el punto siguiente, carece de sentido explayarme sobre el agravio en tratamiento.-

Asimismo, adelanto que atento lo que se resolverá sobre tal cuestión, deviene abstracto el tratamiento del cuarto agravio planteado por el impugnante, para el caso de no prosperar los primeros.-

III. - En relación a la cuestión que acabo de citar, y teniendo en cuenta lo que hasta aquí he venido sosteniendo, debo analizar seguidamente la trascendencia que tiene la nulificación dispuesta sobre la motivación de la sentencia cuestionada, y la decisión que en definitiva corresponde adoptar en el caso, cuestiones que no pueden de ningún modo soslayarse en esta instancia procesal.- Así se advierte del tenor de las cuestiones a resolver que se plantearan al
comienzo de.este decisorio.-

III.1. - Al respecto, comienzo resaltando, como ya lo he hecho con insistencia, la importancia central que han tenido los elementos probatorios cargosos nulificados, en la elaboración tanto del caso de la acusación, como de los fundamentos de la sentencia.- A nadie se le puede escapar la importancia central que una prueba como la autopsia tiene en un delito como el juzgado en autos, como con justeza lo remarcara la Dra. Estefanía, con

respaldo en las citas médico-legales a las que acudiera, que aquí reproduzco.- Y más aún, si la misma se hubiese realizado respetando los protocolos médico-legales para su confección, tal como que se lo requirieran al Médico Forense desde el MPF, aunque ello no se hayan cumplido totalmente, según vimos; sobre el particular, ya la Magistrada del primer voto se ha explayado suficientemente, por lo que no voy a insistir sobre el punto, ratificando sus consideraciones al respecto.-

No obstante tales falencias, lo cierto es que, obvio es decirlo, tal prueba resulta irreemplazable -como lo fue en el caso-, para determinar científicamente la descripción técnica precisa y entidad de las lesiones detectadas en la víctima, derivada del examen integral del cuerpo, el posible o certero mecanismo de su producción, la determinación de ellas o de otras causas médicas probables como causantes del óbito de la víctima, entre otras.- Y, aunque en menor medida, también lo fue el testimonio del forense, a través del cual se incorporara toda la información suministrada por aquéllas al plexo probatorio de cargo, al igual que las referencias que a ellas hiciera el Dr. R. sobre las causas de la muerte de U. al confeccionar el certificado de defunción, que en tal medida, resultó también nulificado.-

Pues bien, repasando cuidadosamente los fundamentos esbozados por los Jueces para motivar sus juicios acerca de la materialidad ilícita, autoría y tipicidad del accionar endilgado a M., a más de la respuesta punitiva que consideraran adecuada al accionar que estimaron probado, se advierte sin esfuerzo que han acudido reiteradamente a los elementos de juicio aportados por tales pruebas.-

Tal se aprecia, a simple título de ejemplo, en algunos párrafos del 1er. votante, Dr. Criado, al fundar la comprobación de la materialidad ilícita, en especial al analizar la mecánica de producción de las lesiones y las causas de la muerte de la víctima (conf.consid. fallo resp., fs.82/83 CJ cit); al analizar la adecuación al tipo legal enrostrado, para establecer compatibilidad entre el trauma lateral que le causó la muerte a la víctima -datos obviamente tomados de la prueba científica referida- con las patadas propinadas por los imputados (conf.consid.cit., fs.85 CJ cit.); también en distintos segmento del voto de la Dra. Rodrígúez (conf. fs.91 vta./92, entre otros, CJ cit.) y del Dr. O'Connor (conf. fs. 96 vta., por ej., CJ cit.).-

Es claro entonces que la supresión de las pruebas nulificadas, reduciría sensiblemente no sólo el plexo probatorio

total propuesto por la acusación -como lo advirtiera la Dra. Estefanía-, sino específicamente el peso cargoso de las restantes pruebas colectadas que van en ese sentido, dada su referencia permanente a los datos constatados y contenidos en las necropsias.-

Así, por ejemplo, puede señalarse la dimensión que para los Jueces han tenido los datos aportados por la prueba testimonial -aún con las observaciones que le hicieran a los testigos presenciales sobre la falta de precisión al transmitir Sus percepciones-, encuanto a los golpes propinados a la víctima, si se los relaciona con el aporte técnico de las necropsias sobre las probables consecuencias físicas producidas a la víctima y sobre su muerte; cómo se relacionanlos golpes sobreésta atribuidos a M. y S. con los sectores corporales donde se ubicaran las lesiones detectadas por el Forense, entre otras.-

Sabido es que una decisión condenatoria como la adoptada por la sentencia en crisis, debe "...ser motivada (s) , con adecuada fundamentación lógica y legal... e indicarán el valor asignado a cada medio de prueba" (arts.25, ler.párr. CPP y 169 Const. Pvcial.), "...incorporado al juicio del modo que autoriza este Código...", no teniendo valor de tales aquéllas obtenidas con "...violación de los derechos fundamentales de la persona..." (art. 26 CPP y 46, 2° párr.. Const. Prov.).- Por todo ello, teniendo en cuenta que, como hemos mostrado, la obtención de las citadas pruebas, deviene de una actividad irregular del órgano de persecución penal y que ello ha conculcado irremediablemente derechos y garantías del imputado, de raíz constitucional, como los indicados, y que la sentencia condenatoria hoy recurrida, se sostiene en la merituación y ponderación de las evidencias provenientes de las mismas, ello resiente la licitud de la motivación del decisorio, lo que produce inevitablemente su nulificación.- Así lo propongo, en sintonía con similar temperamento adoptado por la Sra. Magistrada que me precede en el orden de la votación.-

Creo atinente recordar en respaldo a lo que hemos venido exponiendo, que, siguiendo el aporte doctrinario de Alejandro Carrió ("Garantías Constitucionales en el Proceso Penal", Ed. Hammurabi), nuestro Máximo Tribunal Provincial citó: el caso "...Carlos Angel Daray" (Fallos 317:1985, del 22 de Diciembre de 1994), sirvió de marco para que la Corte Nacional expusiera un punto de vista riguroso sobre la legalidad quedebe imperar en losprocedimientos y la exclusión de todo aquello que la trasegara..."; y que así, entre otros conceptos, el autor citado,

remarcó del precedente transcripto, que "...el procedimiento de exclusión probatoria, debe regirse por el criterio de supresión mental hipotética del acto viciado, con el fin de determinar si su pruebas obtenidas con desconocimiento de garantías constitucionales, aún cuando presten utilidad a la investigación, pues ello compromete la administración de justicia al pretender constituirla en beneficiarla de un hecho ilícito.(STJCh, Sala Penal, Sent.N°031-Año:2008, 28/04/08, autos "R., C. A. s/~." Expte. 20.921 - 299 - 2007, Voto Dr. Pfleger, Eureka on line).- Y agrego, compartiendo la atinada reflexión del citado Ministro expuesta a propósito del caso que resolviera, pero que a mi entender resulta también atinente al presente, que "...ha de partirse de un principio de profunda connotación ética:el Estado no puede aprovecharse de lo ilícito. El proceder ilegal emponzoña el procedimiento ulterior y, según sea la gravedad de esa ilegalidad, cualquier evidencia que inmediata o mediatamente se incorpore al proceso debe ser excluida..." (conf. fallo y voto cit.).-.

En ese sentido, "cuando una prueba ha sido central, esencial en la decisión de la causa y a su vez resultare censurada como inválida por este Tribunal, se impone la declaración de nulidad de la sentencia, por estar ésta fundada en prueba ilegal, lo que en definitiva la priva de motivación..." (SCMendoza, Sala II, 08/05/03, ...Lexis N°70048133, cit. en Chaia, Rubén A., "La Prueba en el Proceso Penal../', Ed, Hammurabi, Ed. 2010, pgs.217/217, N°132).- - Ahora bien, llegados a este punto, y aún asumiendo la gravedad de la decisión adoptada, y de las advertencias de nuestro STJCh en punto a que en materia de nulidades siempre se debe ser cuidadoso, pues "...esta manera de 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... y fundamentalmente, al efecto pernicioso del acto sobre concretos derechos de quien... reclama..." (Conf. fallo y voto cit.), corresponde adentrarnos a las consecuencias inmediatas que ella acarreará para el proceso, tal lo adelantamos.-

En tal sentido, al indagar sobre posibles soluciones a adoptar frente a aquéllas, advertimos que atento la particular situación aquí planteada -estamos frente a una sentencia condenatoria anulada por irregularidades procesales insubsanables, declarada por este Tribunal, como consecuencia de una impugnación ordinaria triunfante del imputado-, no sería de

aplicación al caso la posibilidad de reenvío a otro tribunal de juicio, prevista por el art. 162, 2do. párr. del CPP, no sólo pues como lo dejé sentado más arriba, no se daría aquí ninguno de los supuestos de saneamiento de tales irregularidades que la norma prevé (art. cit. 1er. Párr. CPP), sino porque además, la citada disposición procesal niega expresamente tal posibilidad "...cuando la invalidez se funde en la violación de una garantía establecida en favor del imputado...", como aquí ocurriera, disponiendo que, en tal caso, "...el procedimiento no podrá retrotraerse a etapas anteriores, salvo petición expresa del mismo..." -el imputado- (art. Cit. CPP), excepción esta última, que como es obvio, aquí no ocurriera.-

Descartada entonces tal posibilidad, pareciera que en principio, el reenvío podría ser formalmente viable, en las condiciones previstas en el art. 387 del CPP, desde que procedería "...como consecuencia de un recurso del imputado..." - como en el caso-, con las limitaciones impuestas por dicha norma al Tribunal del reenvío (conf. art. cit., 2do. párr. CPP).- Limitaciones a las que deberán sumarse las propias de la reducción sensible del plexo probatorio cargoso producida por la imposibilidad -material y jurídica- de contar con prueba esencial -como la nulificada- para la determinación precisa de las causas que produjeron la muerte de la víctima y con ello, las dificultades consiguientes para tener por acreditada la relación causal entre el accionar homicida atribuido al imputado y el resultado señalado.-

Frente a ello, entendimos que optar por dicha solución, con todas las implicancias adicionales que trae aparejada la realización de un nuevo juicio en esas condiciones, sería como desentendemos de las consecuencias de la decisión adoptada y de la ponderación sobre el indudable resquebrajamiento que la nulidad de las necropsias en un delito como el que se juzga, ha producido en el plexo probatorio cargoso que sostuviera tanto la acusación como la sentencia anulada.-

Ante ello, y asumiendo en plenitud el deber de agotar la capacidad revisora de este Tribunal (Conf. CSJN, fallo "Casal", que he citado en el punto II.2. precedente), procedimos a indagar si con el plexo probatorio remanente que ingresara regularmente al debate -obviamente, sin las pruebas nulificadas, como vimos de imposible reiteración material ni jurídica en el nuevo juicio- podría eventualmente existir la posibilidad de reconstruirse una nueva imputación contra del impugnante por el delito por el que se lo condenara.-

Al respecto, adelanto, en coincidencia con lo señalado en el voto precedente, que tal remanente probatorio, objetivamente considerado, resultaría a nuestro entender, absolutamente deficitario para poder reconstruir con base en él la materialidad del homicidio imputado y con ello, la demostración de la relación causal entre la comportamiento atribuido a M. en el hecho y el resultado producido, el óbito de U.-

Ello es así, pues si tomamos los aportes de los testigos presenciales (H., M. y S.), si bien contribuyeron a recrear las circunstancias que enmarcaron la aplicación de diversos golpes de los imputados a la víctima, fueron poco precisos sobre la localización concreta de los mismos durante la golpiza final, más allá de que entre ellos especificaron uno, de puño, aplicado sobre el rostro de U. y propinado por M. y otro, proveniente de una patada en la espalda de aquél, inferida por el menor S.; respecto de los golpes finales referidos, que habrían aplicados los tres ya caído definitivamente U. sobre la calle, lo fueron sobre distintas partes del cuerpo que los testigos no pudieron precisar con exactitud, ni tampoco determinar si golpearon todos, o si alguno no lo hizo, o si lo hizo en mayor o menor medida que los otros, ni si se aplicaron todos sobre la misma parte o sobre distintos sectores del cuerpo de U., entre otros.- Es claro, a mi entender, según lo advirtiera más arriba, que tales testimonios, por sí solos, poco avanzan sobre la acreditación del nexo causal referido, sin el necesario complemento que al respecto sólo puede aportar un estudio necrópsico idóneo, al que ahora no podrá apelarse.-

En cuanto a los otros testigos que depusieran en el debate, entre los que desde sus percepciones, pudieron recrear algunas circunstancias tanto anteriores al hecho (como las lesiones previas del brazo derecho de U., producidas por una caída de un caballo, que informara el enfermero del Hospital, R. A. U., con corroboración en las constancias de la Historia Clínica, Ev. "E", LF cit., como lo ocurrido en el bar previo al hecho, recreada por el aporte de quien lo atendía, D. E. G., (a) "K.") , como posteriores (tal como el Sube. J. L. M., la Of. Subinsp. L. E. y el Subcom. R. M. R., esclareciendo diversas circunstancias derivadas de sus actuaciones policiales al comienzo de la investigación, con adecuada e ilustrada información) , poco pudieron aportar sobre aquella cuestión esencial que mencionamos, para lo cual lógicamente no fueran requeridos sus aportes.- Apunto al pasar, la importancia -si bien no determinante respecto del

punto central que aquí interesa- que tuvo el testimonio del último de los policías citados, especialista en Criminología, quien en base a las fotos que tomara del cuerpo sin vida de U., el mismo día del hecho, en el Hospital de José de San Martín, explicó las lesiones que observara a simple vista y que ilustraran dichas muestras fotográficas exhibidas en el juicio, siendo llamativo que algunas de ellas, no hayan sido advertidas, ni menos analizadas por el Forense en las necropsias anuladas, circunstancia ésta que como acertadamente remarcara la primer votante, demostrativa de las deficiencias notorias que ostentaran dichas experticias.-

Tampoco fue -ni podrá ser- determinante, la pericia genética cuya validez como tal ratificamos al rechazar la nulidad planteada también a su respecto por el Dr. Z.; ello, pues lo que corrobora -compatibilidad entre el perfil genético hallado en manchas hemáticas de una zapatilla, aparentemente de M., cosa que tampoco se indagó ni probó, más allá de haberse secuestrado en su domicilio, con el de la victima-, es sólo el indicio de presencia de M. en el lugar del hecho, circunstancia que éste tampoco negara, pero que no arroja luz alguna sobre el interrogante central que mencionamos.-

Y más allá de acreditar el hecho objetivo del deceso, tampoco aportan mayores elementos de juicio para acreditar la causa de muerte de la victima, ni su conexión causal con el accionar imputado a M., ni el certificado médico del Dr. B. (conf. Ev."C" LF cit., inc. por lectura al debate por fallecimiento del profesional y aplicación de la excepción a la oralidad que prevé el art. 314, inc. 2° del CPP) , ni el similar suscripto por el Dr. R. (Ev. "C", obviamente con las limitaciones probatorias que afirmamos más arriba, punto II.2 i 4).-

Como puede observarse de este breve repaso sobre lo que llamamos el cuadro probatorio remanente, con sostén en el mismo, y sin posibilidad alguna de proponer otras pruebas idóneas para determinar las causas de la muerte de la víctima, le resultará muy dificultoso -por no decir, imposible-, al MPF poder sostener sobre tan endeble base probatoria, una nueva imputación por homicidio como la que formulara oportunamente en este proceso -ya sea por homicidio calificado por alevosía, o alternativamente por homicidio simple, o en su caso, por homicidio por agresión, más allá de los reparos que sugiera en el punto el principio de congruencia-, o lo que es lo mismo, proponer un nuevo caso fiscal en contra del imputado F. E. M.-

Por ello entiendo, en consonancia con lo dicho al respecto por la primer votante, que propiciar a través de la OFIJU un reenvío a otro Tribunal de Juicio para que éste proceda a reeditar un debate en las condiciones señaladas - que seguramente terminaría en una solución absolutoria similar a la que propugnaremos-, más allá del respaldo normativo señalado que podríamos invocar, constituiría a mi entender, un verdadero desatino, a más de violentar principios basales de nuestro sistema acusatorio (en especial, concentración, simplificación y celeridad, art. 3 del CPP), y de contrariar el derecho de las partes a obtener una respuesta jurisdiccional a sus pretensiones, sin dilaciones indebidas.-

Asimismo, estimo que la solución propuesta atiende mejor que el reenvió la situación procesal del imputado frente a la persecución penal estatal, pues evitaría que ésta se reactive en su contra con los riesgos consiguientes, sin que las causas por las que se nulificara el fallo de condena, puedan serles atribuibles.-

Demás está decir que pretendemos que tal decisión esté no sólo en sintonía con el máximo rendimiento que es exigible a un Tribunal de impugnación, sino que a través del mismo, se haya dado una respuesta integral a las expectativas y pretensiones de las partes.-

IV. Con los fundamentos precedentes, creo haber dado respuesta fundada a todos los agravios en análisis y a las cuestiones planteadas al inicio de este decisorio.- Por todos ellos, en consonancia con lo propuesto por la Sra. Magistrada que preside este acuerdo, propicio hacer lugar a la nulidad planteada, con los alcances fijados más arriba, y proponer la absolución, sin costas, para el coimputado M., del delito de Homicidio en Agresión (arts.45 y 95 del C. Penal), hecho cometido el día Io de diciembre de 2012, en la localidad de José de San Martín y que damnificara al Sr. A. M. U. (conf. art. 29 inc. 3o C.Penal, 239, 240, 242, 247, 250 CPP).- En cuanto a la regulación de los honorarios devengados en ella por el Dr. J. M. Z., como Abogado Defensor Particular del imputado F. E. M., por compartir los fundamentos que sostienen tanto el monto regulado como la decisión de ponerlos a cargo de su pupilo (arg. art.242, inc. 3° CPP), adhiero sin más a lo resuelto por la primer votante (conf. arts. 6, 13 y ccdtes. de la Ley XIII, N° 4 y 239, 240, 242, 247 y 250 del CPP).- Así voto.-

La Dra. Nelly García dijo: Tal como lo decidimos en la deliberación, voy a tratar en primer lugar, el agravio por la valoración de la autopsia, que se introdujo a través del testimonio del Dr. D. R.

Al comenzar el debate el Dr. Z. solicitó al tribunal que se expida sobre el alcance de la inoponibilidad de la necropsia decretada por el Dr. Allende en la preliminar, preguntaba como haría el Tribunal para escuchar el testimonio del forense y después sin contaminarse, decir que nada habían oído para resolver la situación de M.

La Sra. Presidenta le aclaró que la prueba admitida en la preliminar se produciría y que el Tribunal es libre para valorarla según las alegaciones de las partes. Entonces el Dr. Z. tuvo que aclarar que para su parte la autopsia es nula y para la otra defensa es válida.

A continuación el Dr. Criado dijo que según el acta de la audiencia preliminar el Dr. Allende rechazó la nulidad que había planteado y admitió la prueba, por lo que si lo que pretendía era una revisión de esa decisión debía plantearlo.

Respondiéndole el Dr. Z. solicitó al Tribunal que declare la nulidad de las autopsias porque no fue notificado de ninguna de las dos, no se le permitió plantear puntos de pericia ni nombrar perito de parte.

En ese momento el Dr. Zacchino, reconoció que el 1 de diciembre se realizó la primer autopsia sin notificar a la defensa, que por ese motivo solicitó la exhumación del cadáver y la realización de una segunda autopsia, que se llevó a cabo el 14 de diciembre en la que se notificó a la defensa pública pero no a la defensa particular de M.

Sostuvo que el error en la notificación no es relevante, ya que la autopsia está destinada a la acreditación material del hecho y no la autoría, que antes del comienzo del debate se había homologado un juicio abreviado con S., otro de los coimputados, y con base convictiva preponderante en la autopsia. Según su postura la inoponibilidad que pretendía el Dr. Allende es de imposible cumplimiento.

El tribunal de juicio consideró que el Dr. Allende en la preliminar rechazó la nulidad y estableció la inoponibilidad de esta evidencia para M., y ante el nuevo planteo de nulidad decidió rechazarla, ya que a pesar de la falta de notificación no había un agravio concreto que afectara el derecho de defensa, ya que no explicó de qué modo afectó este derecho, qué actividad le impidió

realizar, cuál es la conclusión a la que no pudo oponerse, cuál fue la solicitud efectuada al MPF o al Tribunal íntervinientes en su caso, que le impidió realizar adecuadamente su trabajo como defensor de confianza del señor M.. Sirva a modo de ejemplo, que hubiese solicitado ampliar los puntos de pericia y que le hubiesen sido rechazados, o que hubiese requerido una nueva exhumación y que el tribunal, o el fiscal, o ambos, le denegaran esta posibilidad.

Ahora, ya en el trámite del recurso, el Dr. Z. dijo que esta falta de control lo perjudicó, se lo privó de la posibilidad de plantear nuevos puntos de pericia. Controlar efectivamente y obligar al forense a que respete los protocolos establecidos para la necropsia, que el mismo Dr. R. dijo que no respetó. Nombrar a otro profesional de la salud para que participe y opine sobre la causa de la muerte, y plantear nuevos puntos de pericia.

El Dr. Zacchino al responder insiste en que el defensor no probó en concreto cual fue la afectación al derecho de defensa, que con la inoponibilidad decretada en la audiencia preliminar debió solicitar que se hiciera un debate separado, como se hizo con S. y además en el debate interrogó al forense y que en el alegato final se refirió a la autopsia. Tengo en cuenta que el Dr. Z. realizó el primer planteo en la audiencia preliminar para evitar que se introduzca la prueba así obtenida y la resolución del Dr. Allende le fue favorable.

Hemos escuchado el audio de esa audiencia y el Dr. Allende declaró la nulidad de la autopsia con relación a M. y la inoponibilidad es la consecuencia directa y natural de la nulidad.

En lo que nos interesa, el juez de la audiencia preliminar dijo, "que la nulidad se decreta, no por el modo en que se realizó el trámite, es decir por la sola falta de notificación, sino' porque el modo en que se realizó, le impidió a la parte reiteradamente el control, de la prueba y la producción de prueba de su parte para su mejor defensa, y esto afectó sin dudas, a criterio del suscripto, el artículo 18 de la CN, los artículos 44 de la Const. Provincial. Y también el artículo uno y concordantes del CPP."

La decisión jurisdiccional no quedó clara en el acta de la audiencia preliminar del 16 de diciembre de 2013, que en el punto 2) dispuso que no corresponde la exclusión de los informes de las dos autopsias para el debate y corresponde la testimonial del Dr. R. Y en el punto 3) en cuanto al imputado M. no pueden serle opuestas las conclusiones de la pericia de la autopsia debido a

que se le impidió ejercer su mejor defensa (arts. 18, 44 y 1 y cctes. del CPP).

Al inicio del debate, a pedido del propio defensor que solicita una aclaración y por la derivación de los argumentos y la confusión generada, solicita nuevamente la nulidad de la autopsia. La fundó escuetamente en la imposibilidad de proponer puntos de pericia y nombrar perito de parte, ese es el agravio. Expresó un agravio concreto y un perjuicio posible, ya que justamente lo que estaba en juego era la causa de la muerte y en abstracto tenía relevancia.

Si nos remontamos al pedido de exhumación del cadáver es el mismo Fiscal Dr. Martín Zacchino, que sostiene la necesidad de hacer una segunda autopsia porque la primera no se notificó a la Defensa. Señaló que el transcurso del tiempo puede perjudicar la investigación por la descomposición del cadáver. Y consideró-prudente reeditar la autopsia para no habilitar planteos invalidantes en el futuro y con ello el fracaso de la investigación.

Ahora, por la teoría de los actos propios, no puede decir que la falta de notificación a la defensa es un error irrelevante.

La autopsia es una pericia en principio reproducible, el transcurso del tiempo no la afectaría si se busca constatar una fractura de fémur o un orificio de bala en el cráneo. Por el contrario, el paso del tiempo la hace irreproducible, como en este caso, cuando el material para examinar son esencialmente los tejidos blandos.

La pasividad de la defensa de M., se explica porque tenía una resolución favorable, una nulidad declarada y la autopsia era inoponible para su defendido, habia logrado la exclusión probatoria.

Ahora ya concluido el debate, dictada la sentencia y encontrándonos en la etapa recursiva, el tribunal del doble conforme puede corroborar con los hechos consumados, cuanta relevancia y seriedad tenia aquél planteo inicial.

En efecto, advierto que la Defensa Pública fue notificada de la realización de la segunda autopsia, pero no participó, ni la controló.

El Dr. Z. interrogó al forense por los requisitos de una autopsia, sobre los alcances de los calificativos de completa, metódica e ilustrada y si siguió el protocolo de autopsias, son preguntas congruentes con su postura que se lo privó de la

posibilidad de controlar. No la utilizó como prueba de su caso, como dice el fiscal.

En la declaración testimonial el Dr. D. R., se refirió a la primera autopsia que fue descartada por el propio Fiscal, sin fotografías, hizo una descripción externa del cadáver y acompañó las fotografías de la segunda autopsia después de la exhumación del cadáver.

Me llama poderosamente la atención, que a pesar de las irregularidades de la primera, la segunda la realiza con el cuerpo adentro del cajón y con ropa.

Advierto que vio menos lesiones superficiales que el Sub-comisario H. M. R., que levantó el cadáver. Así, el forense dijo, que observó un hematoma, tumefacción o hinchado en el pómulo, en el párpado superior e inferior del ojo izquierdo. Y hematoma, tumefacción y herida contusa en el pabellón auricular derecho.

A preguntas de la defensa respondió que en el examen externo, sólo ubicó dos traumatismos uno en el ojo y otro en el pabellón auricular derecho. A preguntas del fiscal sobre otras lesiones dijo que en la región nasal y en las extremidades no, que todo lo que ve lo vuelca en el papel, si no lo volcó es porque no lo vio.

Reconoció que en ninguno de los dos casos respetó el protocolo de autopsia.

A las preguntas del Dr. Ponce sobre la mecánica de producción de los traumatismos, respondió que no lo tiene que se pueden producir en infinidad de casos.

El forense fue categórico en su conclusión que U. se murió por traumatismo cráneo-encefálico, y dejó sin responder cuales fueron las causas de ese traumatismo auricular derecho que produjo la hemorragia.

Sin embargo el Sub Comisario R. M. R., de la Unidad Especial de Criminalística de Esquel, fue al lugar del hecho donde observó tendido en el centro de la calzada, en posición de cubito dorsal el cuerpo sin vida de A. U. A simple vista observó que emanaba abundante sangre de sus narices, presentaba un hematoma en el ojo izquierdo, tenía la nariz fracturada.

Y después de quitarle la vestimenta constató lesiones en codo y antebrazo izquierdo y otro hematoma en codo derecho. Un pequeño hematoma en los nudillos de mano izquierda y livideces en la región posterior del cuerpo.

Llego a la conclusión de que el control de la defensa de M. era necesario, que no lo hizo nadie, Z. insistió en esas deficiencias, por lo que no está convalidada.

El que se tendría que haber preocupado por sanear la pericia defectuosa era el fiscal, antes que el juez la declare nula.

El tribunal de juicio rechazó mal la nulidad de la autopsia, la defensa alegó que se la privó de ejercitar actos de defensa porque no fue notificada y se le causó perjuicio concreto, porque fue valorada en contra de su defendido, ya que al decir del primer votante, la causa de la muerte de la víctima fue el trauma lateral producto de las patadas que en el suelo le propinaron los imputados M., C. y el menor S.

La nulidad del testimonio del Dr. D. R., que introdujo los resultados de las dos autopsias, debe ser declarada por la Cámara Penal, porque se afectó la garantía de la defensa en juicio, ya que como establece el art. 45 de la Constitución del Chubut, cualquier menoscabo a la intervención efectiva del defensor constituye una lesión a la defensa en juicio, conforme lo dispone el art. 161 del CPP. y atento el estado de la causa no es posible remover el vicio para restablecer la garantía vulnerada.

Como consecuencia directa de la nulidad de la actuación del forense corresponde declarar la nulidad del certificado de defunción firmado por el Dr. R. en cuanto prueba de la causa de la muerte basado en la pericia médica legal efectuada el 1 de diciembre de 2013.

Sin embargo con relación a la pericia genética realizada por el Dr. B., con las muestras de sangre que extrajo el Dr. R. cuando efectuó la segunda pericia, le asiste razón al Dr. Zacchino, conforme la teoría de "la fuente independiente", con los alcances que le dio la Corte Suprema en el caso Daray en 1994, con las muestras de sangre tomadas de la ropa de la víctima se hubiera comprobado fehacientemente el ADN de U., por lo que es válida.

Por último, el Defensor pretende que se declare la nulidad del allanamiento realizado en el domicilio de F. E. M.

De la evidencia G surge que la solicitud la efectúa el Sub-Comisario J. L. M. con el aval de la Dra. Maribel Delgado, funcionaría de la Fiscalía, para la detención a efectos de efectuarle la requisa y para el secuestro de las prendas de vestir que describe y cualquier otra que presente presuntas manchas hemáticas. El fundamento es el hallazgo del cuerpo sin vida de A. M. U., y según los testimonios colectados habría egresado del bar nocturno E. P., donde discutió con otros parroquianos y fue seguido por tres personas, uno le dio un fuerte golpe de puño en

el rostro y luego de caer fue golpeado por los tres mediante puntapiés principalmente en el rostro.

Mediante un sello que dice: Recibido en la fecha 01 de diciembre hora 12, cumpliéndose los requisitos formales y siendo razonables los motivos alegados. Autorízase el requerimiento en los términos formulados (art. 177 del CPP) En el plazo de 24 horas y en horario diurno. Abarca la requisa e identificación.

En el acta se deja constancia que en ese domicilio no se encontraban moradores y que ingresaron por una ventana que se encontraba abierta y procedieron al secuestro de vestimenta similar a la descripta y de un par de zapatillas marca P. con presuntas manchas hemáticas.-

El sello se utiliza en forma pacífica y sin cuestionamientos desde 2006. Tanto la orden como su diligenciamiento son válidas, ya que los motivos los aporta la funcionaría del Ministerio Público Fiscal a cargo de la investigación y el Juez hace un juicio valorativo de razonabilidad, que amerita autorizarla intromisión en el domicilio de esa persona. Tampoco advierto exceso por parte de la policía en cuanto a la extensión de la orden, autorizaba el secuestro en forma separada a la requisa.

Así lo voto.

No es posible trasladar sin más las pruebas de cargo utilizadas para condenar a S. en el abreviado o a C. en el juicio, aunque sea el mismo hecho, sino tuvo efectivo control la defensa, porque se introduce por la ventana lo que salió por la puerta, con doble afectación a la garantía de defensa en juicio.

En consecuencia también debe declararse la nulidad parcial de la sentencia ya que se basó en prueba ilegal, en violación a garantías constitucionales y digo parcialmente porque lo es con relación a M.

Por último entiendo que tampoco corresponde a esta Cámara, asumir competencia positiva y valorar si puede condenar con la prueba restante, porque sería hacer un juicio nuevo sin contradictorio en violación de las reglas del debido proceso.

Sin embargo, por la gravedad de la decisión adoptada, creo que vale aclarar, que aunque se considere válida toda la prueba que se produjo en debate, es inconsistente en muchos puntos, la versión de los testigos que los imputados patearon muchas veces a U. en la cabeza y en todo el cuerpo, no se corresponde con las únicas dos lesiones que constata el forense. No da ninguna explicación sobre la causa de la muerte, la hemorragia cerebral se debió a las patadas o por el golpe al azotar con la cabeza en

el suelo, cuando cayó aturdido por el golpe de puño en el ojo, más la borrachera.

Y que también, si descartamos la testimonial del Dr. D. R., con las solitarias testimoniales de N. H., J. E. M. y J. P. S. C., contrastadas con los datos que aportó el Sub-Comisario J. L. M., es insuficiente para acreditar los elementos objetivos de la tipicidad.

Por todo lo expuesto, corresponde absolver a F. E. M.

En cuanto a la regulación de honorarios comparto lo propuesto por la Dra. Carina Estefanía, le corresponde al Dr. Z. el 30% de lo regulado en primera instancia, los que se liquidan a cargo del imputado. Así voto.

Por todo lo expuesto, la Cámara en lo Penal de Esquel,

FALLA:

1) **Hacer lugar al** recurso ordinario interpuesto por el imputado F. E. M. contra las sentencias Nro.1089-14 y 1285-14 dictadas por el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Anabel R., Jorge Criado y Martín O'Connor, con fecha 12 de junio y 11 de julio de 2014.

2) **Declarar** la nulidad de las autopsias realizadas los días 1 y 14 de diciembre de 2012 ofrecidas como evidencia "D", del certificado médico de defunción ofrecido como evidencia "B" con los alcances mencionados en los considerándoos de la presente (art. 1,26,207, 279, 280 y cctes. del CPP).

3) **Declarar** la nulidad parcial de las sentencias Nro.1089-14 y 1285-14 dictadas por el Tribunal de Juicio integrado por los Dres. Anabel R., Jorge Criado y Martín O'Connor, con fecha 12 de junio y 11 de julio de 2014 con relación al imputado F. E. M. (art. 161 CPP).

4) **Absolver** a F. E. M., del delito de Homicidio por agresión, (art. 45 y 95 del Código Penal) por los hechos ocurridos el 1 de diciembre de 2012 en la localidad de José de San Martin, provincia del Chubut, en perjuicio de A. U., sin costas, con excepción del pago de los honorarios del defensor particular de su confianza.

5) Regular los honorarios del Dr. J. M. Z. en un treinta por ciento de los honorarios que le fueran (conf. arts. 6, 13 y ccdtes. de la Ley XIII, N° 4 y 239, 240, 242, 247 y 250 del CPP).- Con la lectura de la presente y la entrega de una copia a cada una de las partes presentes, las partes quedan notificadas.

6) Se deja constancia que la presente sentencia es suscripta por solo dos de los magistrados intervinientes, por encontrarse de licencia la Dra. Nelly García, quien suscribirá la presente a su incorporación y ha remitido su voto a la Secretaria, vía electrónica.

7) Regístrese y firme que sea, cúmplase.

8) Vuelva a la Oficina Judicial Penal, a sus efectos.

Fdo.: Carina P. Estefanía. Víctor A. Sarquis.

REGISTRADO BAJO EL N° 1949 AÑO 2014. CONSTE