Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

En la ciudad de Trelew, Provincia del Chubut, a los trece días del mes de marzo del año dos mil dieciocho, los jueces de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial con asiento en Trelew, integrada por los doctores Alejandro Gustavo Defranco, Roberto Adrián Barrios y Omar Florencio Minatta, con la presidencia del nombrado en primer término, acuerdan dictar la presente en los autos caratulados **"H.N., S. R. r/víctima homicidio-Trelew" (Carpeta6791 OJ Tw-Legajo 65605 OUMPF Tw)**, con motivo de la impugnación interpuesta por el Sr. Defensor Particular, Dr. A. M., en representación del imputado Juan C. E. M., contra la sentencia dictada en fecha 02/11/17 y registrada bajo el nro. 2832/17, por el Tribunal colegiado conformado por los Dres. José Alberto García, Sergio César Piñeda y Mirta del Valle Moreno, por la que se condenara al nombrado a la pena de prisión perpetua, por resultar autor material y penalmente responsable del delito de homicidio agravado por haber sido cometido con alevosía (arts. 45 y 80 inc. 2 del CP), por el hecho cometido el día 31/05/16 en esta ciudad y en perjuicio de S. R. A. H. N..

En la audiencia de impugnación (art. 385 CPP) celebrada el día 27/02/18 en la sede de este tribunal, intervinieron el imputado J. C. E. M. -cuyos demás datos personales obran en autos- con la asistencia técnica del Defensor Particular, Dr. A. M., y, en representación del Ministerio Público Fiscal de esta circunscripción judicial, el Dr. Néstor Fabián Moyano.

Concluida la deliberación, se estableció el siguiente orden para la emisión de los votos: Roberto Adrián Barrios, Alejandro Gustavo De franco y Omar Florencio Minatta.

El Juez Roberto Adrián Barrios dijo:

1. Tras sustanciar la impugnación presentada contra la sentencia, ahora corresponde resolver sobre la revisión de la decisión por la que se condenó a J. C. E. M. a la pena de

prisión perpetua, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por alevosía del artículo 80 inc. 2 del C. Penal.

2. La defensa requiere que este Cuerpo revoque el fallo recurrido y absuelva a su defendido, asegurando que existió una causal de justificación como lo es la legítima defensa del articulo 34 Inc. 6 del CP; y también, a modo subsidiario, requirió se mute la calificación impuesta por la de homicidio simple.

Para ello, la defensa tanto en su libelo recursivo como en la audiencia llevada a cabo en los términos del artículo 385 del CPP, atacó la sentencia en aquellos presupuestos fácticos tenidos por probados por el tribunal que tienen que ver con la materialidad del hecho, y que repercuten tanto la existencia de una causal de justificación, como en la calificación jurídica base, sin el agravante de la alevosía. Se puede decir que la autoría no fue cuestionada en el recurso.

Analizaré en su orden cada uno de esos agravios.

3. Sobre la "errónea valoración de la prueba producida".

3.1 La defensa acusó al tribunal de efectuar una errónea valoración de la prueba producida.

3.1.1 Al voto del doctor García, efectuó dos observaciones respecto a cómo valoró el testimonio de S.. La primera, dijo que no tuvo en cuenta que los dichos del testigo no coinciden con los del médico forense R. J., ni con los del perito en criminalística L., por cuanto según la mecánica del hecho delictual descripta por S., que incluso se teatralizó a pedido del fiscal en el mismo debate, la herida mortal debería estar en la parte derecha del cuerpo de la víctima; mientras que tanto el Forense como el perito en Criminalística, aseguran que la herida se encuentra en la parte izquierda. La segunda observación: según el relato de S., tras la estocada la víctima ingresó a la gomería, para que el gomero retire el cuchillo, circunstancia que habría quedado desvirtuada con los dichos de este, señor B., que dijo que vio a la víctima fuera de su gomería. Sumó a ello que, tras la inspección ocular, dentro de la gomería no se encontraron manchas hemáticas.

3.1.2 En cuanto al voto de la doctora M. del Valle Moreno, desde foja 165 a 168/vta, tras transcribir innecesariamente casi todo el voto de la juez, el defensor se remitió a los agravios que efectuó respecto de su colega José García.

3.1.3 Del voto del doctor Piñeda, al igual que del juez García, se agravió de la valoración que efectuara dando crédito a los dichos de S. en contra de los de M..

3.1.4 Por último, he de tener en cuenta la versión de descargo efectuada por el imputado en la audiencia ante esta Cámara, cuando afirmó que nunca tuvo la intención de matar a la víctima, que no es justo que lo hayan condenado por el solo hecho de haberse defendido. Afirmó que el tribunal no lo escuchó, que solo escucharon lo que dijo el testigo cuando lo único que hizo fue defenderse. Explicó y graficó en una suerte de reconstrucción su versión de los hechos, y finalmente, si bien reconoció que es responsable de haberle quitado la vida a la víctima, dijo que se arrepiente, pero solo se defendió.

3.2 La idea con la prueba, es que el litigante acredite parte de las proposiciones fácticas de su caso, en el tramo que los testigos conozcan. Algo así como la parte de la historia que se pretende contar. Y para ello, el testigo debe aparecer como confiable ante el juzgador, para que su relato sea creíble.

He dicho en otros precedentes que, en materia probatoria, se requiere que el contenido de la declaración de la persona que concurre a un debate, se circunscriba a lo advertido por alguno de sus sentidos en forma personal y sin intermediarios, a fin de no romper la conexión entre el sujeto que percibió viendo o escuchando, y el objeto de la percepción que se pretende probar. Ello así, básicamente, tanto para que la contraparte pueda contraexaminar la versión traída al Tribunal que debe juzgar, como para que este pueda corroborar la credibilidad de dicha versión por parte de quien la da.

Un tribunal puede creer o no a los testigos en general o a alguno particular, mas su carga será la de ponderar lógica y racionalmente el valor de convicción del testimonio, y desarrollar en su voto los fundamentos de porqué le/s cree o

no. Se ha dicho que *"todos los testigos valen"*, pero *"su peso"* dependerá de las condiciones de credibilidad específicas de cada caso.

Así las partes litigantes pueden intentar desacreditar la prueba, y en el caso especifico de las testimoniales, ello se hace dándole a los juzgadores razones serias que pongan en duda la persona del declarante, o bien sus dichos.

Si, como en este caso, el tribunal estima que la versión de un testigo coincide con los otros medios probatorios, y particularmente provienen de una persona debidamente acreditada, el testigo *pesa*, y sus dichos pueden ser considerados válidamente

3.2.1 Dicho lo dicho, ingresemos por fin a la sentencia y sus antecedentes.

Dijo el juez García que en el caso, existe prueba directa que *"...enervó la defensa material del legitimado, toda vez que la versión del testigo presencial, más allá de su coherencia interna, tiene apoyatura extrínseca en otro testimonio y en prueba científica." "La deposición de J. S. coincidente como se dijo con otros testimonios brindados y con prueba científica producida en la audiencia de debate no permite admitir la sospecha de ser mendaz, y echa por tierra la defensa material intentada por Muñoz."*

3.2.2 Por su parte la juez Moreno ha dicho que *"A partir de las declaraciones de S. y luego de B. puede recrearse lo ocurrido ese día. Ambos testigos han brindado una declaración clara, sin fisura que permita abrigar duda alguna de sus manifestaciones, las cuales se tornan verosímiles; sumadas a la prueba científica incorporadas al debate, dan cuenta de la credibilidad de los testigos".*

3.2.3 El último votante coincidió con sus colegas al concluir que *"la principal declaración fue la del testigo presencial S., que no pudo ser desvirtuada y encuentra basamento en los elementos de prueba analizados más arriba."*

3.3 Creo que asiste la razón a los sentenciantes, por lo que en consecuencia, no haré lugar a estos agravios del

pretenso.

Cual han dicho los magistrados, en S. se aprecia un relato no dubitativo, que ha sido sostenido en el tiempo y no ha sido contradictorio. Como lo justipreció el juez García, tampoco impresiona como premeditado.

El testimonio del único testigo presencial del hecho fue sometido a un minucioso testeo analítico por los integrantes de tribunal de juicio. Dicha labor no solo incluyo el análisis de la denominada coherencia interna de lo declarado, sino su coherencia externa, puesto que se lo cotejó con los demás elementos de prueba producidos, tales como el testimonio del gomero B., con las pericias criminalística, autopsia, y el informe fotográfico 397/16. En lo atinente al lugar del ataque y la posición final del cuerpo, se lo relacionó con lo plasmado en el acta inicial de las actuaciones,
y que también tiene que ver con el segundo agravio, el cual analizaré más adelante.

En cuanto al cuestionamiento del recurso referido al margen en donde fuera hallada la herida mortal de la víctima, tengo para mí que el tribunal ha justificado debidamente la cuestión al considerar las conclusiones del perito P. G. L., que fue quien realizó el informe pericial 132/16 P.C.T.. En dicho informe, el experto dijo que *"...el agresor se encontraba parado por atrás y/o a la izquierda de la víctima al momento del ataque."*, y ello fue expresamente tenido encuenta por los doctores García y Moreno.

Póngase la atención en las posibilidades de interpretación que da la variable *"y/o"* del informe, ponderadas por el tribunal: M. se encontraba parado por atrás y a la izquierda de la víctima; Muñoz se encontraba parado por atrás o a la izquierda de la víctima.

Se colige así que las pericias invocadas por quien recurre no contradicen los dichos de S., máxime que la teatralización efectuada en el juicio el día 17/10/2017, que se puede advertir en la video grabación del debate a partir del minuto 24, no

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

permite a mi criterio interpretar a modo de sí y solo si, que el testigo haya afirmado que la estocada se propinó del lado derecho de la víctima. Al minuto 25.10 del mismo registro se escucha que el testigo dijo que *"...le pega de atrás."*, condiciéndose ello con las conclusiones del perito.

Por otro lado, controlada que fue la audiencia de alegatos finales del día 23 de octubre de 2017, se constata que la defensa no ha planteado ante el tribunal de condena la supuesta contradicción marcada ante esta Cámara, respecto a los dichos de S. y los de B., en cuanto la victima habría o no ingresado al local luego de ser herido. Es por ello que en la sentencia no se identifica fundamentos respecto de ello.

Sin perjuicio de lo dicho, esa supuesta contradicción no solo no es sustancial entre las proposiciones fácticas de la teoría del caso de la acusadora, sino que tampoco aduna algún elemento trascendente para la teoría del caso de la defensa.

Considero que este agravio no es más que un elemento insuficiente para desacreditar el testimonio más importante tenido en cuenta por los jueces para la resolución del caso.

Por todo ello, voto por no hacer lugar a este agravio del recurso.

4. Sobre la calificación jurídica.

4.1 De la legítima defensa.

La defensa ha desarrollado una estrategia positiva, oponiendo a los presupuestos fácticos de la teoría fiscal, otros que hacen a una actuar justificado de Muñoz. Y así, vino a esta Cámara a agraviarse de la decisión del tribunal de condena que no le hizo lugar.

"El juez García rechazó la legítima defensa, por los dichos de B., que no fue testigo presencial del hecho y de los dichos de S., como se ha explicado en los párrafos anteriores", se quejó en el recurso escrito.

En la audiencia del artículo 385 ante este cuerpo, amplió diciendo que los jueces rechazaron que haya habido una pelea, por falta de rastros en el lugar, lo que, si se ven las fotos,

se puede constatar que la gomería es concreto puro, y es por ello que es difícil que haya desorden en ese lugar tras una pelea, como hubiera ocurrido si el lugar fuera de ripio. De la agresión ilegítima, aseveró que la misma existió, ya que su cliente asegura que hubo un golpe con un cuchillo en la mano, y que existió una imposibilidad que el Estado acuda, ya fue una situación instantánea que no duró más que 20 o 25 segundos.

Yendo al control de la pieza cuestionada, se colige del voto de los jueces la ponderación de la versión de descargo en procura de la certificación del planteo alternativo sugerido por el acusado.

El juez García evacuó las citas que provienen del esquema de defensa de Muñoz, y se identifica esa labor cuando dijo *"(e)l lugar donde se desarrolló el hecho es abierto, no se observó un desorden que indique una riña con desplazamiento de la víctima y el victimario, sobre el cuerpo de la víctima no fueron halladas heridas en manos y antebrazos que indiquen maniobras defensivas o en rostro u otras partes del cuerpo que evidencien un episodio de lucha."*

Más adelante, y ya en una visión conglobada de la prueba con el planteo de quien ahora recurre, concluyó el magistrado diciendo que *"(l)a defensa técnica planteó los tres elementos exigidos por el tipo permisivo de la legítima defensa, pero no acreditó ninguno."*

"Habló de una agresión ilegítima cuando B. y S. -quienes estuvieron en el lugar, y el último testigo presencial de toda la secuencia del ataque- lo desmintieron."

"Se refirió a la racionalidad del medio, pero toda su hipótesis se derrumbó con los testimonios de los nombrados y la conclusión del perito criminólogo que descartaron cualquier tipo de lucha o reyerta previa al desenlace."

La juez Moreno se refirió en el mismo sentido cuando dijo *"(e)n cuanto a la agresión ilegítima, considero que no se configura en el caso la justificante invocada, desde que no se ha acreditado indubitablemente que el imputado haya padecido agresión alguna por parte de la víctima, al menos que generara la necesidad de su repulsa por parte de Muñoz, presupuesto*

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

indispensable, como sabemos, para la posible configuración de la legítima defensa."

*"Ello ha quedado acreditado principalmente a partir de la declaración de S. y B., pero que también tiene su respaldo científico en la pericia criminalística efectuada por el Lic. L.. "*Con toda razón, la magistrado concluyó: *la versión del imputado solo encuentra respaldo en sus propios dichos."*

Si se escucha el alegato final de la defensa en procura de esta pretensión, se confirma la razón que asiste a la juez. El letrado, a partir del minuto 1.11.00 del soporte que contiene la audiencia del día 23 de octubre de 2017, dijo que la agresión existió y lo prueba los dichos de Muñoz. Luego dijo que la necesidad de defenderse existió desde que tuvo que levantar el cuchillo (otra vez deducido de los dichos del encartado).

Dicha conclusión de Moreno es compartida por el doctor Piñeda, que al referirse al mismo punto dijo: *"(e)ste relato no tiene sustento probatorio. En el caso del Gomero B. afirmó que no escuchó discusión solo el grito de la víctima. S. aseveró que no hubo ningún intercambio ni siquiera de palabras y el perito L., quien estuvo en el lugar del hecho, declaró que no observó ningún indicio de lucha, ya sea en la tierra, ni desorden, solamente y si las machas presuntamente hemáticas en las cubiertas que allí había, todo ello se puede corroborar con las placas fotográficas sacadas en el lugar, en la pericia criminalística nro. 132/16, a fs. 155/164 confeccionada por el perito mencionado,"*

Con todo ello, tengo para mí que los agravios ensayados por quien recurrió no logran desestabilizar las conclusiones de los jueces, que han considerado prudentemente los extremos de la declaración del imputado, y lo más importante, han descartado la teoría de la defensa a partir de un análisis exhaustivo y neutral de la totalidad de la prueba de manera

contextualizada e integral.

Los testimonios de las personas que pudieron de alguna manera conocer sobre la supuesta agresión denunciada por Muñoz, ningún dato objetivo aportó para sospechar siquiera que la misma haya existido, y con ello se generara la necesidad de defenderse.

Las circunstancias concomitantes al evento, fueron bien valoradas por el tribunal que descartó con razón la existencia de la causa de justificación.

Es por ello que mi voto será también en este caso, por confirmar el rechazo de la causa de justificación resuelto en la sentencia.

4.2 De la agravante de alevosía.

Aquí quien recurre ataca el agravante impuesto en la figura de homicidio, porque a su criterio, ha quedado demostrado que M. no tenía idea de que H. y S. estaban en la gomería. Ello así, resultaba imposible que haya visto en qué posición estaban cuando salió de la gomería y acaeció el hecho. Agregó que la presencia de S. y su posición, descartan el
actuar sobre seguro de su cliente.

Se sabe que la alevosía consiste *"...en el empleo de medios, modos o formas -en la ejecución del hecho- que tiendan directa y especialmente a asegurar el homicidio, sin riesgo para el autor"* (DERECHO PENAL COMENTADO, PARTE ESPECIAL, T: II, página 11).

Para considerar la confirmación de la figura así agravada, es necesario tener por acreditado que la víctima se encontraba en un real estado de indefensión, y de tal magnitud, fuera de toda duda razonable, que le haya sido imposible oponer toda resistencia al ataque.

A dichos del autor citado más arriba citado *"..no cabe aplicar la agravante si el sujeto pasivo no se encontraba en estado de indefensión absoluta, ni el autor contó con la certeza de que su proceder no sería perturbado ni obstaculizado, ya que no actuaba sobre seguro,."*.

Como vemos, para la configuración del agravante es tan

necesaria la indefensión de la víctima, como la seguridad del atacante. Ambos elementos deben ser acreditados en grado de certeza para poder aplicar la calificación gravosa del tipo legal.

Al control de la sentencia, se identifica en los votos de los jueces unanimidad para la aplicación del agravante, en la circunstancia que la víctima haya estado agachada y de espaldas a su agresor, es decir en el requisito de la indefensión.

El juez García expresamente así lo refirió cuando en su voto dice *"...(e)l autor vio la posibilidad de actuar sobre seguro, advirtió el estado de indefensión de la víctima (agachado inflando una cubierta sin registro de lo que pasaba a su alrededor así lo graficó Sepúlveda) aprovechó dichas circunstancias y ese fue el motivo decisivo de su voluntad de dar muerte."*

La juez Moreno fue un poco más allá, cuando consideró que el imputado eligió especialmente el modo certero de cometer el homicidio. Dijo que *".la víctima se encontraba en un estado de indefensión, agachada y de espalda a su agresor, de manera tal que garantizaba el éxito de su accionar, actuando sobre seguro y sin ningún riesgo para su vida.".*

El ultimo votante, coincidió con sus colegas en cuanto que *"el ataque sorpresivo y sigiloso por parte de Muñoz, quien no pudo ser advertido por la víctima y a quien tampoco le dio tiempo para realizar algún tipo movimiento."*

"En este accionar tuvo la característica de la agravante de alevosía, por ser sorpresivo, súbito -por lo inesperado del ataque y su celeridad- y no permitió a la víctima poder reaccionar, ni eludirlo,.".

Considero que los magistrados justificaron con estas premisas, la intención dolosa de causar la muerte, que responde al requisito subjetivo del tipo base de la calificación; mas no justificaron en forma completa los dos elementos de la agravante de alevosía.

Así, la víctima estaba acompañada de S. que en la acción

no dio asistencia para prevenir la acción, mas ello ab initio no pudo ser descartado por el autor, y si lo fue, no se encuentra en los votos de los jueces los fundamentos de ese descarte.

Por otro lado, el lugar, el horario y hasta la única circunstancia considerada por los jueces de estar de espaldas y agachado no parecen completar el cuadro de un homicidio alevoso. Quizá una rápida reacción de H. en levantarse, de oponer alguna resistencia ante una acción sospechosa, al igual que de su amigo S. o bien del gomero que pudo haber salido del local, quitan certeza en la existencia del elemento de *actuar sobre seguro*, constitutivo de la agravante impuesta.

El juez García, consideró que "(e)*xistió el agravante de alevosía porque la misma se configura cuando la falta de peligro para el autor y la indefensión de la víctima son condición subjetiva del ataque."* Podemos coincidir en que existió indefensión en la víctima, mas no en falta de peligro para el autor.

La acción tenida por cierta, consistente en matar a traición, asestando un cuchillo a una persona agachada y distraída, evidencia una conducta cobarde y repugnante, más no es suficiente para configurar un accionar homicida contra la víctima libre de riesgos.

En conclusión, no se reconoce en la base fáctica del hecho tenido por probado, la previsión del actuar con ánimo de aprovecharse de la indefensión de la víctima, sin el riesgo que puede significar su reacción o la de terceros con el fin de oponerse a la agresión.

Es por ello que he de votar por la revocación de la sentencia que impuso el agravante de alevosía, y recalificar

el evento en el de homicidio simple del artículo 79 del código penal.

En consecuencia, se impone reenviar el presente al tribunal que corresponda a través de la OfiJudTw, a efectos que previo juicio de cesura, se imponga la pena que corresponda.

5. Propongo regular los honorarios profesionales del Defensor Particular, Dr. A. M., en la cantidad de VEINTE (20) JUS, conforme a la labor llevada a cabo en la presente (arts.

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

5, 6 bis, 7, 13 y 44 de la ley XIII-15, antes decreto ley 2200 y art. 59 de la Ley V, Nro. 139.

Así voto.

El Juez Alejandro Gustavo Defranco dijo:

1.- Se excita la competencia de este Tribunal a resultas de la sentencia registrada bajo el número 2832/17, mediante la cual se condenó a **J. C. E. M.**, cuya filiación consta en estos folios, a la pena de Prisión Perpetua, por habérselo encontrado autor material y responsable del delito de Homicidio agravado por haber sido cometido con Alevosía, del art. 89 inc. 2, del Código Penal, por el hecho cometido en la ciudad de Trelew, el día 31 de mayo de 2016, suceso en el que perdiera la vida **S. R. A. H. N.**.

2.- Contra ella, se alza la queja del defensor del acusado, Abogado A. M., quien presenta memorial a fojas 161/174, desarrollando su impugnación en la audiencia celebrada a tenor del art. 385 del ritual.

Centra sus embates con la sentencia aludida en tres ejes cardinales, que a la sazón, se encuentran vinculados entre sí: la misma reconstrucción histórica del hecho, la existencia de una causa de justificación no atendida por el Tribunal y, en subsidio, la inexistencia de un proceder insidioso en la conducta reprochada.

En primer lugar, en lo que llama "errónea valoración de la prueba producida", analiza por
separado los votos de los tres jueces intervinientes y los critica en forma particular.

Contra el voto del Juez García, dice que "*valora el testimonio del testigo S. como veraz pero no tuvo en cuenta dos*

hechos relatados por el mismo testigo, que no coincide con lo dicho por el médico forense... ni por el perito en

criminalística...". Finca la falta de credibilidad del testigo en el hecho que según su versión la herida mortal debería estar en la parte derecha del cuerpo de H., pero tanto el Forense como el perito en Criminalística ilustraron en el debate que la herida se encuentra en la parte izquierda.

Además, según el relato de S., la víctima, luego de ser herido, habría entrado al local donde se desarrollaron los acontecimientos, para que el gomero retire el cuchillo, circunstancia que es desmentida por B., el gomero, que dijo que vio a la víctima fuera de su comercio.

3.- Continúa el apelante desarrollando los votos de los Jueces Moreno y Piñeda, pero, en definitiva, los critica en los mismos términos que al primero.

4.- De la lectura de los votos referidos, que han sido transcriptos en lo sustancial por el colega de esta Cámara, Juez Roberto Barrios, que no iteraré por superfluo, surge claramente que coinciden los tres en que a través de la declaración testimonial de J. S., que coincide en los sustancial con la prueba científica producida en el debate, es posible dar por acreditado el hecho y dar por tierra con el descargo del imputado.

En efecto, han expresado de consuno los jueces del debate que el testimonio del único testigo presencial, "más allá de su coherencia interna, tiene apoyatura extrínseca en otro testimonio y en la prueba científica" (Juez García, fojas 15 de la sentencia), que "ambos testigos han brindado una declaración clara, sin fisura que permita abrigar duda alguna de sus manifestaciones, las cuales se tornan verosímiles; sumadas a la prueba científica incorporadas al debate, dan cuenta de la credibilidad de los testigos" (Jueza Moreno, a fojas 39) y que *"la principal declaración fue la del testigo presencial S., que no pudo ser desvirtuada y encuentra basamento en los elementos de prueba analizados más arriba..."*, dijo el Juez Piñeda.

5.- En efecto, ha dicho el testigo S. que:*"yo, lo fui a*

buscar (a S.) ahí a su casa, para ir a buscar mi moto al taller. Y fuimos a buscarla, y en ese momento fuimos a buscar la moto, y como estaban desinfladas agarramos y fuimos a buscar la moto al taller, fuimos a la gomería C. C., que está en el barrio M.. nos pusimos a inflar, mientras el inflaba la rueda delantera, yo me dijo que de vuelta la rueda de atrás, después pasaba a inflar la rueda de atrás. Y en ese momento ingresa "e. n." a la gomería, con una rueda de moto, entra y yo como estaba con la rueda delantera le dice y se pasa a la de atrás a inflar, y cuando estaba inflando la rueda de atrás sale de la gomería y le pregunta a S. si él es D. H.. En ese momento, S. no le alcanzó ni a responder que le pego el puntazo. S. en ese momento se da vuelta y me dice que le saque el cuchillo de la espalda y el autor que yo conozco como negro me empieza a pedir el cuchillo que se lo de. S., ingresa a la gomería yle dice al dueño que le saque el cuchillo igual. Y el dueño de la gomería me decía queme valla que lo saque de ahí, que me lo lleve. S. se tiro a fuera en las gomas y yo en ese momento fui a buscar a mi papá que estaba de la gomería a la vuelta. Y yo le dije que lo llevemos en el auto y mi papá no quiso, y agarro y ahí me quede esperando con él la ambulancia.".-

Por su parte, el testigo B. dijo en lo sustancial que: "*Yo ese día estaba trabajando, serian tipo 16.30, 17.00 hs , estaba arreglando unos tubos de mi taller de luz, estoy trabajando en mi taller, serían los bienes de mi viejo, la gomería "C. C." estaba trabajando, le dije aprox. a las 16.30hs estaba arreglando unos tubos de luz acomodando mi taller, llegan C. y el otro chico que no le sé el nombre y ahí en un abrir y cerrar de ojos se escucha a S., quejarse y lo veo con el cuchillo clavado en la espalda, acudo a tranquilizarlo, a que se siente, ahí me dio el tiempo de ver al compañero de él que estaba nervioso y fui yo a llamar a la policía, lo tranquilicé un*

poco, ahí llego la policía, le hicieron los primeros auxilios y lo trasladaron al hospital... preguntado acerca de si antes de escuchar el grito, escuchaste si hubo algún tipo de discusión, discusión previa afuera del local?, contestó que no, como le dije hace un rato fue un abrir y cerrar de ojos, para mí, yo estaba haciendo mis cosas, ellos estaban afuera, el portón estaba medio cerrado y estaban justo atrás del portón, yo escuché el grito de S., y ahí salí a ver qué pasaba, sin entender nada, lo que me salió en el momento.".

6.- Que tal como ha merituado los jueces, la versión de S., en cuanto a que la víctima fue atacada desde atrás, se compadece con las conclusiones
del perito P. G. L., quien en su informe pericial 132/16 P.C.T. dijo que *"el agresor se encontraba parado por atrás y/o a la izquierda de la víctima al momento del ataque."*, tal como el testigo expresamente dijo en la audiencia, tal como se escucha al minuto 25.10 del audio respectivo.

De otra parte, la autopsia obrante a fojas 19/20
del legajo fiscal da cuenta, en el capítulo de examen externo, ilustra sobre una herida punzocortante *"a*
nivel de la región dorsal izquierda baja, por dentro de la línea axilar posterior, a 1,15 centímetros de la planta de los pies, una herida punzocortante, penetrante, de aprox. 3,5 cm. de longitud. (cuyo trayecto) intracorpóreo fue de atrás hacia adelante, de izquierda a derecha y de arriba hacia abajo.".

7.- De todo ello, entiendo que es acertada la conclusión de los jueces del debate en el sentido que a partir de la prueba científica puede deducirse la efectiva credibilidad de S., más allá de la interpretación del abogado en el sentido que habría dicho que la estocada fue desde la derecha, lo que no puede compartirse a estar a la visualización de la audiencia.

Por todo ello, en este aspecto ha de rechazarse el agravio y confirmarse la sentencia.

8.- En segundo lugar, plantea el defensor que fue desatendido su planteamiento de una legítima defensa por parte de su asistido.

En efecto, el Juez García, en primer término, descarta la

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

existencia de desorden alguno que permita inferir una pelea, también descarta la presencia de heridas en el cuerpo de la víctima que indiquen maniobras defensivas y descartó, también, los tres elementos configuradores de la causa de justificación alegada.

La Juez Moreno, consideró que no se configuró en el caso la presencia de agresión ilegítima previa al ataque, ello a partir de las declaraciones de S. y B., con respaldo científico en la pericia criminalística.

A su turno, el Juez Piñeda ha negado sustento probatorio alguno a la legítima defensa invocada habida cuenta el testimonio de B. que solo escuchó el grito de la víctima y de S. quien dijo que no hubo intercambio de palabras.

9.- En este punto también, ha de compartirse el dictamen de los magistrados intervinientes, toda vez
que la versión de la necesidad de defenderse por parte
del matador solo surgen de su intento -legítimo, por cierto- de mejorar su situación procesal, más se dan de bruces con la prueba producida en el debate.

En efecto, ni las fotografías anexadas al legajo, ni la pericia criminalística ilustran de desorden alguno -más allá que sea de concreto el lugar-; el testigo B., afirmó repetidas veces que fue todo *"en un abrir y cerrar de ojos se escucha a S., quejarse y lo veo con el cuchillo clavado en la espalda"* y, preguntado por si había escuchado alguna discusión previa, contestó categóricamente que no; el testigo S., tampoco observó altercado alguno, ni siquiera de palabras, sino solo el directo acometimiento del agresor a la víctima, desde atrás.

10.- Por ello, también en este segmento de la sentencia, voto por su confirmación no haciendo lugar a los agravios de la defensa.

11.- Pero es en cuanto a la calificación jurídica en lo

que sí se atenderán los reclamos del defensor, debiendo revocarse lo resuelto y enviar estos folios para la correcta medición de la pena.

En efecto, sabido es que la agravante del art. 80 inc. 2, CP, (homicidio con alevosía), requiere para su configuración unos *"modos y formas de ejecución que tiendan directa y específicamente a asegurarla sin riesgo para su persona que provenga de la defensa que pudiera hacer el ofendido... La diferencia entre simple acecho y alevosía es manifiesta, pues el primero puede consistir en el mero acto de esperar a la víctima, mientras que para la alevosía es esencial la procura de una ausencia de riesgo para el ofensor que provenga de la defensa que el ofendido pudiera oponer."* (Soler, Tratado, Tomo III, pág. 28).

Para Levene, la alevosía *"necesita estar acompañada del extremo psicológico que la caracteriza, es decir, que el sujeto espera o busca el momento o lo aprovecha para actuar sin riesgo, oculta el arma y su persona, busca actuar sobre seguro y la*

indefensión de la víctima, obra con sagacidad, artificio, traición, engaño, ocultación, astucia, perfidia, agazapamiento, acecho, celada, cautela, emboscada. No basta, pues, la cobardía del ataque o que éste sea inesperado." ("El Delito de Homicidio", Depalma, 1977, pág. 231).

12. - En el caso, es necesario verificar entonces no solo el estado de indefensión de la víctima ("a traición"), sino, además, acreditar que el proceder de M., no sería obstaculizado de modo alguno o, lo que es lo mismo, si la víctima podría haber recibido apoyo, lo que tildaría al actuar en un homicidio "sobre seguro".

De las constancias reunidas, si bien puede admitirse la existencia del primer requisito, no se advierte que pueda aseverarse, primero, que el autor haya aprovechado el momento para actuar sin riesgo, dado lo rápido y poco premeditado del ataque, que lo realiza ante la mirada atónita de S., segundo, que hubiera sido sin riesgo para su persona, habida cuenta que tanto el nombrado como B., y aun la propia víctima, podrían haber evitado el resultado letal.

13. - Es por ello, que debe revocarse el fragmento de la sentencia que calificó el homicidio como cometido con alevosía, recalificar el hecho como constitutivo del delito de Homicidio Simple, del art. 79 del Código Penal y reenviar el presente al Tribunal que corresponda para, cesura de pena previa, se imponga la pena que corresponda.

14. En orden a las costas y honorarios, hago propia la propuesta del vocal que lidera el acuerdo.

Así lo voto.-

El Juez Minatta Omar Florencio Minatta dijo:

1. La defensa impugna la materialidad de los hechos que la sentencia da por certera, aduciendo que existió en el caso la eximente de legítima defensa propia y en forma subsidiaria peticiona se revise la calificación legal de homicidio agravado por alevosía y se la mute al tipo básico del homicidio simple en base a fundamentos que iremos analizando en el transcurrir de este voto.

2. Los elementos cargosos en que los jueces sostienen la certeza se circunscriben a los testimonios de S., y de B., así como en las deposiciones del forense y perito en criminalística. En cambio, la defensa sostiene que S., no es creíble, puesto que según su versión la herida debería estar en la parte derecha del cuerpo de la víctima, punto que es contradicho por los peritos citados y el forense, quienes, afirman que la herida está en la parte izquierda, en tanto S., dice que lo apuñaló en la parte derecha.

3. Debe descartarse la versión defensista que envía a sospechar de la credibilidad de S., puesto que existen innumerables razones de rechazo.

En primer lugar, y aun dando por cierto que la herida mortal según los dichos del testigo debería estar en la parte dorsal derecha y no izquierda como lo prueban tanto la pericia

criminalística y la autopsia, carece en absoluto de influencia alguna, tanto como si la víctima ingresa o no al recinto cerrado de la gomería. Esto es así, toda vez que estemos no solo a la rapidez inusitada con que sucedieron los hechos, sino sobre todo a la circunstancia liminar de que no puede pedirse precisiones exactas sobre el lugar de la herida o movimiento agresor a un menor joven, adolescente, que permanece estupefacto frente a una agresión armada sorpresiva y por la espalda de su amigo, a quien le quedó enterrado el cuchillo pidiendo que se lo saquen.

Asimismo, el perito en criminalística L., cuando explica sobre la dinámica del hecho es muy claro al sostener que las lesiones en el plano posterior del cuerpo suponen en principio que la víctima estaba de espalda y que la acción agresora siguió una trayectoria desde atrás hacia adelante, de izquierda a derecha y de arriba hacia abajo, todo lo cual da cuenta de que al momento de la agresión el sujeto activo se encontraba parado por detrás y / o a la izquierda de la víctima, lo que coincide en lo nuclear con lo señalado por S., el único testigo directo de la acción mortal. A esto agrega el perito que no solamente no resulta objetivamente posible determinar si la víctima pudo observar y advertir la agresión, sino que también afirma que no se aprecia desorden alguno con desplazamiento ni lesiones en manos, brazos, rostro u otras partes del cuerpo que indiquen maniobras defensivas o de otro carácter, lo cual concuerda con la autopsia en cuanto a la ubicación y disposición de la herida mortal y su trayectoria intracorpórea.

En cuanto a la falta de discusión o reyerta previa que hagan siquiera presumir algún hecho cierto de provocación o agresión ilegítima por parte de alguno de los protagonistas deben merituarse no solo los dichos de S., sino también lo que surge de los claros y simples dichos del gomero B., quien si bien no pudo observar la agresión mortal, por el lugar en el que se encontraba, sí tuvo la posibilidad de escuchar algo previo al grito de la víctima herida y observar luego el resultado de la agresión y escuchar la petición en orden a que le saquen el cuchillo que le quedó enterrado. En este caso

tampoco se observa animadversión alguna del testigo respecto del imputado, por lo que cabe darle entera credibilidad.

En fin, no cabe duda alguna de que el autor de la puñalada que a la postre llevara al óbito de la víctima fue el imputado Muñoz, sin advertencia verbal alguna a la víctima y en forma sorpresiva atacando por la espalda luego de volver sobre sus pasos, tal como lo dice claramente S..

4. Todo lo anterior es más que suficiente como para descartar la versión un tanto tortuosa e increíble del imputado, toda vez que no aparece móvil alguno de la víctima para agredir a M., con un cuchillo, previo atacarlo con los puños, como lo dice el imputado, puesto que, en todo caso, tal móvil lo tendría su hermano D. H., pero no S., quien desconocía a M., amén de que, aún posible en abstracto lo que el relata cómo situación de defensa, ello no encuentra asidero alguno en algún elemento probatorio al menos plausible, por lo que, en forma concorde con lo analizado y merituado en el punto anterior, deberá rechazarse la eximente de legítima defensa que trae la defensa al no tener los juzgadores indicios siquiera suficientes como para acreditar algún atisbo de agresión ilegítima que haga nacer una necesidad de defenderse por algún medio racional sin provocación suficiente por parte del agresor.

5. Si bien no lleva la razón la defensa en su planteo eximente, sí cabe darle entera razón en la calificación legal que plantea en subsidio, toda vez que lo que damos por probado con certeza no es subsumible en la calificante de alevosía, tal como lo dicen los jueces encastrando los hechos en el inciso 2 del artículo 80 del Código Penal, sino que la calificación legal correcta del caso la encontramos en el tipo básico del homicidio simple prescripto en el artículo 79 del mismo código.

Esto es así tan pronto recordemos los elementos típicos objetivos y subjetivos de la agravante llamada alevosía de la mano del maestro Ricardo Cayetano Núñez, quien realiza una genealogía del tipo alevosía en forma tan detallada y clara que nos lleva a prescindir de otros autores que, si bien coinciden en lo sustancial, no enriquecen en ilustración sobre la

agravante. Enseñaba hace ya muchísimos años el autor citado, tanto en su tratado como en la famosa Enciclopedia Jurídica Omeba -dejando de lado expresiones hoy impropias y desactualizadas como que la agravante se debe a la mayor alarma pública provocada por la peligrosidad o perversidad del autor- que la alevosía es un término de origen español que no coincide exactamente con las dos manifestaciones históricas de definir el modo traicionero de matar que traen las legislaciones francesas e italianas, consistentes tanto en el homicidio proditorio, en que el autor escondía a la víctima la intención de matar, ganándose la confianza de ella, o bien en el llamado homicidio insidioso en el que el autor lo que escondía era el arma o el cuerpo, actuando al acecho, es decir ocultaba a su víctima la agresión misma. Continúa el maestro enseñando que, a estas dos ocultaciones, sea de la intención o de la agresión, la alevosía agrega otro elemento indispensable que N., señala como de índole subjetiva y que es esencial para que se dé la agravante, afirmando al respecto que al ocultamiento moral o material caracterizadores del homicidio proditorio y del insidioso, la alevosía le agrega la cobarde finalidad del autor de obrar sin riesgos para su persona. Seguidamente explica que este obrar sobre seguro o sin riesgos para la persona del autor, se caracteriza sobre todo por la intención del autor de recurrir a los ocultamientos señalados para actuar sin peligro alguno provenientes no solo de la posibilidad de defenderse de la víctima, sino también de acciones posibles de terceros. *(Cfr. Núñez R.C.; Tratado de Derecho Penal, Marcos Lerner, Editora Córdoba, Córdoba, 2da. Reimpresión año 1988, págs. 36/38 y Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, letra A, voz "alevosía", Editorial Bibliográfica Argentina, Bs As, 1954, pags.638/644).*

Esto que resulta tan claro en el maestro, aparece siempre confundido por doctrinarios y sobre todo por la jurisprudencia

que, siempre imaginativa en efectuar interpretaciones extensivas ampliatorias del poder punitivo, insisten en que la alevosía consiste no solo en la indefensión de la víctima, sino que cuando tratan el requisito de actuar sobre seguro o sin riesgo alguno, consideran a esto último en forma errónea como si se tratara de asegurar la muerte de una persona o de que el autor actúa sin correr riesgo alguno que pueda provenir de la víctima, lo cual es un error grosero, pues prescinden totalmente de la posibilidad de que el riesgo pueda provenir de un tercero y no únicamente de la víctima. Este elemento no es menor si pensamos en un simple ejemplo: supongamos que en una en manifestación o marcha callejera caminamos detrás de nuestro enemigo a quien queremos dar muerte y así apuñalamos al mismo aprovechando que transita de espaldas a nosotros, la doctrina y jurisprudencia que consideramos errónea afirmará en este caso, sin más, que hay alevosía, pues no solo el autor asegura la muerte por la indefensión clara de la víctima, sino que actúa sin riesgo alguno procedente de la acción de ella, pues marcha de espalda al agresor, en tanto si aplicamos lo que dice el maestro Núñez se trata de un homicidio simple cuya modalidad traicionera podrá influir, si se quiere sobre el monto punitivo, pero no hay alevosía porque la persona del autor corre riesgos provenientes de la reacción de los terceros manifestantes.

En suma, la alevosía exige objetivamente tanto la indefensión de la víctima como el actuar sin riesgo para la integridad personal del autor que pueda provenir tanto de la víctima como de un tercero y, subjetivamente, exige dolo directo, esto es conocimiento y voluntad direccionada de actuar de tal modo, por lo que no basta entonces ni la simple indefensión de la víctima si el autor no se decide a actuar y ejecuta su acción aprovechando o provocando en forma intencional tales elementos para asegurarse de que no corre ningún riesgo, sea de la víctima o de terceros. Como dice sintéticamente el maestro, el móvil alevoso debe presidir no solo la decisión de matar en forma traicionera y sin riesgo, sino también la misma ejecución.

La conclusión evidente de ello es que si en el caso existió

la posibilidad de que el autor sea víctima de una reacción de un tercero -S.,- o de dos -el citado S., más el gomero B.,- o inclusive de varios -dice éste último que la víctima y S., estaban con una persona que se encontraba dentro de un coche Ford Falcon esperándolos, amén de la hora del hecho-, entonces, si aplicamos el marco teórico anterior la ausencia de la calificarte de alevosía debe declararse con certeza, inclusive por aplicación de que si para tener por existente una incriminación es necesario certeza, para tener por acreditada una eximente basta con una probabilidad o duda.

6. En suma, deberá hacerse lugar parcialmente a la impugnación de la defensa, revocando la sentencia en cuanto califica legalmente el hecho como homicidio agravado por alevosía, declarando que la correcta es la de homicidio simple, debiendo volver el caso a los jueces de juicio competente para que, con tal calificación, se vuelva a realizar el juicio sobre la pena, dándose nueva oportunidad a las partes para que debatan a los efectos de su individualización.

7. En punto a las costas y honorarios de la Defensa Pública, adhiero a la propuesta de mis colegas que me preceden en el orden de votación.

De conformidad con los votos precedentes, esta Cámara en lo Penal dicta la siguiente

S E N T E N C I A:

1)Rechazar parcialmente la impugnación deducida por el Defensor Particular, Dr. A. M., en representación de J. C. E. M., -cuyos demás datos personales obran en autos- contra la sentencia nro. 2832/17 de fecha 02/11/17;

2) Modificar la calificación legal impuesta en la sentencia recurrida, quedando subsumido el hecho atribuido al inculpado en el delito de Homicidio Simple (arts. 45 y 79 del CP), con costas (art. 241 del C.P.P.) y reenviar el presente al tribunal que corresponda a través de la Oficina Judicial Trelew, a efectos que previo juicio de cesura, se imponga la pena que corresponda.

3) Regular los honorarios profesionales del Defensor Particular, Dr. A. M., en la cantidad de VEINTE (20) JUS, conforme a la labor llevada a cabo en la presente (arts. 5, 6 bis, 7, 13 y 44 de la ley XIII- 15, antes decreto ley 2200 y art. 59 de la Ley V, Nro. 139;

4) Regístrese, protocolícese y notifíquese.

Alejandro Gustavo Defranco

Roberto Adrián Barrios **Omar Florencio Minatta**

Registrada con el Nro.: 27/2018 de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Trelew. Conste.