"PROVINCIA DEL CHUBUT c/ O. P. D. R."
(Carp. OFIJO Esquel NIC N° 4304- Leg. Fiscal NUF N°41776) .

En la Ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los cuatro días del mes de noviembre de dos mil diecinueve, la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Esquel, integrada por el Señor Juez de Cámara Dr. Hernán DAL VERME, en su carácter de Presidente, la Jueza de Cámara Dra. Carina Paola ESTEFANIA y el señor Juez de Cámara Dr. D. Pintos, en el carácter de vocales, dictan sentencia, luego, de desarrollada la audiencia a tenor del arto 385 del C.P.P., en el marco de la Causa caratulada: **"PROVINCIA DEL CHUBUT *c/* P. D. R." (NIC N° 4304 que se corresponde al Legajo Fiscal N° 41.776)**, en la. que tuvieron debida participación el señor D. R. P., el Dr. H. H., en su carácter de Defensor de confianza del imputado, y el Dr. Fidel González, en su caracter de fiscal general.

---------- y RESULTANDO ----------

Que se celebró la audiencia que prescribe el acto 385 del C.P.P. el día 21 de octubre de 2019 en la que el Dr. H. H., en su calidad de defensor de confianza de D. R. P., sostuvo y ratificó en todas sus partes el escrito de impugnación ordinaria interpuesto oportunamente contra la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de Juicio, registrada con el Nro. 1305/19, con fecha 17 de julio de 2019.

En primer término afirma que la impugnación in pauperis que realiza su defendido está presentada en tiempo y forma, teniendo en cuenta la suspensión de términos que regía durante la feria invernal y luego por las sucesivas suspensiones dictada por el STJ en virtud de las medidas de fuerza que llevaban a cabo los empleados judiciales de Chubut.

Hace especial referencia a la Acordada del día 23 de agosto de 2019, que le fuera notificada a las partes el 26 de agosto en la que se establecía que la suspensión de

términos no regirá para causas que tengan personas privadas de su libertad.

En cuanto al motivo principal de la impugnación sostuvo que el Tribunal debió absolver al imputado y aplicar íntegramente la causa de justificación de la legítima defensa.

Refirió que el Tribunal resolvió que no fue P. quién inició la pelea y que estaba habilitado a defenderse, sin embárgo lo condenó por exceso y le aplicó la pena de ocho años como si en definitiva hubiera sido autor de un homicidio simple.

Hizo un resumen de los hechos probados y ya ubicado en el horario de salida del baile señaló que se le impidió salir a su defendido que estaba junto a L. V., a la vez que se le impedía salir al grupo de C. V., M. T. o y D. Ñ., toda vez que en el exterior estaba el grupo de A. que los esperaban para agredirlos.

Refirió que P. y su amigo y el grupo de V., finalmente, salieron acompañados por la policia.

Mencionó que su pupilo habría tirado cerveza y que eso causó el enojo de M. R., que le pegó una piña, lo pateó y que también lo hicieran el grupo que lo acompañaba.

Agregó, que P. se refugió en su auto subiéndose del lado del acompañante con intenciones de irse y ahí se producen los golpes en el vehículo, le rompen los dos espejos, el parabrisas y sintió que lo iban a matar.

Se bajó del auto, le pegó a E., cae al piso y desde allí lo corta a R. y también lo cortó a E. A.. Fue todo muy rápido. V. recordó que tomó coraje y se subió al auto, lo encendió y en ese momento llega P. que le pega con el palo. Entonces aceleró.

También se demostró -según el defensor- que en ese momento la policía empezó a efectuar disparos, como si fuese con una ametralladora.

Agregó que su defendido, minutos más tarde, se presentó a entregarse en la Comisaría, acompañado por su madre, su padrastro y L. V., seguramente enojado porque no lo habían protegido y después le balearon el vehículo.

También sostuvo que la policía se vio desbordada y superada en número por el grupo agresor que lideraba E. A..

Volvió sobre el momento en el que el imputado habría tirado cerveza y transcribe el voto del Juez Criado quien sostuvo que "tampoco quedó aclarado, fuera de toda duda razonable, qué tiró el imputado: un vaso de cerveza, una lata de cerveza o todo el líquido".

Finalmente señaló que cuando se produce este hecho, el grupo de A. cambio el objetivo y atacó a P..

Luego inició el análisis de la fundamentación, que dieron los jueces, para sostener que se acreditó un exceso en la legítima defensa ejercida por el impu.tado.

Comenzó transcribiendo el voto del Juez Dr. Jorge Criado quien dijo que quedó acreditado que el imputado comenzó obrando en defensa propia y que si bien decían que él quería pelear solo era E. A. con cuatro personas debió bastar para acabar con ese conflicto. "Evidentemente el grupo con su su presencia y conducta coadyuvaba para que no se pudiera evacuar a N. y V.". (Sic. Dr. Criado) . ,

Aclaró que A. le sacó el bastón tonfa al policía M. P. y que con este golpeó a su defendido. Que la policía actuó descoordinadamente y de manera poco profesional y no intervino para detener o frenar la agresión contra P..

Acudió al voto de la Dra. Révori quien afirmó que en el contexto de los hechos reconstruidos "ir en busca de un cuchillo que se sabía existía en el vehículo del imputado con la finalidad de defenderse, exhibirlo de modo amenazante ante sus agresores y la, acusación de alguna lesión menor puede contemplarse como proporcional".

Volvió al voto del Juez Criado y afirma que según el razonamiento de este magistrado su defendido debió detenerse para analizar cual lesión era necesaria y cual no.

Afirmó que ese razonamiento resulta descabellado, porque alguien que se encuentra protegiendo su vida por sí sólo, porque el personal policial pese a estar presente no realiza ninguna acción para evitar la agresión de su pupilo.

Continuo con el voto del Dr. Criado en cuanto ha dichó que "aunque la agresión no había cesado al apuñalar al occiso el mismo ya había dio desprovisto del bastón tonfa y J. M. P. forcejeaba con él para calmarlo" y afirmó que el Juez se contradice porque para justificar el exceso en la legítima reconoce que la agresión no había cesado, pero que debía esperar que la policía pueda controlarlo.

Cita jurisprudencia.

Se refiere al voto de la Dra. Révori quien, a su criterio, para justificar el exceso hizo referencia a

las múltiples heridas provocadas a R. y A. pero no tuvo en cuenta que P. estaba solo y que el grupo que lo golpeaba estaba integrado por cuatro o cinco personas.

Luego se agravió de la pena impuesta. En este caso señala que se valoró como atenuantes el haberse sometido a la ley, la falta de antecedentes penales, pero no contempló sus vínculos familiares ni su capacidad de resocialización.

Refirió que la pena es desproporcional, y que responde a una suma aritmética, sin tener en cuenta que se trata de un solo accionar, una sola conducta.

Aquí señala que el Tribunal concursó realmente los hechos, cuando en realidad en la acusación el Fiscal concursó idealmente los hechos acontecidos fuera del gimnasio y de forma real con los ocurridos en la Comisaría.

El ataque fue repelido en un solo momento. No hay separación temporal.

Concluye afirmando que es imposible justificar la pena de ocho años de prisión, hasta la propia Fiscalía se vio sorprendida por ese monto punitivo.

En la audiencia el Fiscal General ratificó el contenido del escrito y solicitó que se confirme la sentencia puesta en crisis por el Defensor del imputado.

En su alocución señaló que no hay arbitrariedad y que la sentencia se encuentra debidamente fundada. Que quedó absolutamente demostrado que existió exceso en la legitima defensa, toda vez que el imputado intensificó la lesión cuando ya no era necesario.

Reconoció que el imputado comenzó actuando legítimamente, tal como lo resolvió el Tribunal, motivo por el cual no recurrió la sentencia, pero también destacó que esa conducta que comenzó siendo legitima dejó de serla por la intensidad de las lesiones que pusieron en riesgo la vida de R. y pusieron fin a la vida de A..

Defendió la pena de ocho años de prisión que le impusiera el Tribunal y agregó que era proporcional y razonable.

En cuanto al concurso real de los hechos que estableciera el Tribunal de Juicio señaló que respondía al principio iure novit curia y preguntado cómo habla concursado los hechos en su alegato presentado al final del debate, manifestó no recordar.

Antes de finalizar se le dio la palabra a la

familia de la victima fallecida y a la victima R., ambos solicitando se haga justicia y expusieron sucintamente sus expectativas respecto del resultado del proceso; y luego se le concedió la palabra al señor D. R. P., quién no declaró.

---------- y CONSIDERANDO ----------

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones, ¿debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa contra la sentencia condenatoria?, en su caso, ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5° párrafo, del Código de Procedimiento Penal), se estableció el siguiente orden de votación: **Dal Verme- Estefanía -Pintos.**

El Juez Hernán Dal Verme dijo:

En virtud de la impugnación ordinaria deducida por el Dr. H. H., en su calidad de defensor de confianza de D. R. P., ésta Cámara en lo Penal de Esquel se encuentra habilitada para revisar la sentencia dictada por el Tribunal Colegiado integrado por el Dr. Jorge A. Criado, en su calidad de presidente, la Dra. Fernanda Alicia Révori y el Dr. José Osear Colabelli, ambos vocales. Dicho Tribunal con fecha 17 de julio de 2019, condenó a D. R. P. a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de Lesiones Graves y Homicidio simple, ambos en exceso del ejercicio de la legítima defensa, dos hechos de agresión con arma sin causar herida, uno de ellos agravado por haberse cometido contra un miembro de la fuerza policial, y Lesiones Leves agravadas por haberse cometido contra un miembro de la fuerza policial, todo eilo, en concurso real entre sí, respecto de los hechos cometidos en Corcovado, Provincia del Chubut, el 8 de octubre de 2017 en perjuicio de C. M. R., E. A., R. A., J. M. P. y P. E. T..

El 28 de agosto del corriente año, el señor defensor, Dr. H. H., materializó la impugnación ordinaria en trato cuestionando la sentencia desde, dospe~spectivas diferentes. En un primero motivo de agravio consideró que, en base a los hechos probados durante el debate, los ilícitos imputados a D. R. P. debieron quedar amparados en la legítima defensa que alegó como teoría de su caso durante el debate. En ese sentido, refiere que dadas las circunstancias, su asistido se limitó a

repeler una agresión ilegítima, ejerciendo una defensa proporcional y necesaria para preservar su vida. Para ello hace referencia a los hechos que considera probados y luego critica la teoría jurídica en que la que el A-quo funda el exceso que le imputa a P..

Luego, en un segundo motivo de agravio refiere el Dr. H. que el Tribunal a cargo del debate concursó materialmente los delitos detallados por el MPF como "hecho 1", apartándose de tal modo de la acusación, en perjuicio de su asistido. Ello lo emparentó con la pena de ocho años impuesta, ya que para individualizar la sanción se tuvo en cuenta una escala punitiva sensiblemente superior a la previsible en función del concurso ideal propuesto por la parte acusadora.

Estos fundamentos fueron reforzados por el señor Defensor al momento de la audiencia llevada a cabo a tenor del art. 385 del rito.

El MPF por su parte, se opone a la admisibilidad de la vía impugnativa en el entendimiento de que ha sido extemporánea. Subsidiariamente estima que la sentencia ha recreado los hechos de modo concordante con lo probado en el juicio oral, y si bien no se hizo lugar a su pretensión de que se condene al imputado en orden a los delitos de Lesiones Graves y Homicidio Simple, estima que el pronunciamiento emitido por el Tribunal se ajusta a derecho.

Respecto de la pena impuesta, remarca que los Magistrados a cargo del debate han conceptualizado el modo en que correspondía concursar los hechos en el marco de sus facultades jurisdiccionales, recordando el principio conocido como *iura novit curia* que invita, a las partes a proponer los hechos y a los jueces a decir el derecho. De allí extrae que la pena ha sido correctamente fundada sin incurrir en vicio alguno de fundamentación.

Tal como han quedado sucintamente planteadas las cuestiones, abordaré primero la atinente a la admisibilidad del recurso, y luego los motivos de impugnación en que funda su queja la defensa.

I. ADMISIBILIDAD TEMPORAL.

No habré de extenderme sobre la cuestión. La impugnación ordinaria regulada por el art. 374 del rito es directamente reglamentaria del derecho a obtener una revisión amplia de la condena impuesta al imputado. Tal derecho a la doble

conformidad de la condena emerge de normas de rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN, art. 8, 2 (h) de la CASDDHH, art. 15, 5 de la PIDCP y arts. 22 y 44, IV de la C.Ch) cuya operatividad en nuestra provincia es asegurada por el mentado art. 374.

La normativa aludida establece puntualmente que no pueden aducirse motivos formales para rechazar el recurso. De alli que aquellas circunstancias que impliquen denegar la admisibilidad de la impugnación por razones como las argumentadas por el MPF, deben presentarse de modo patente y categórico para que no constituyan en una forma irrazonable de cercenar un derecho constitucional.

La realidad es que tras iniciarse una serie de paros de actividad, que han afectado la prestación del servicio de justicia, el Superior Tribunal provincial optó, como cabeza del Poder Judicial, por suspender los plazos en todas las jurisdicciones, sin discriminar, en un inicio, en razón de la materia o situación cautelar del imputado. A ello se aduna que, conforme fueron transcurriendo los dias, ni el MPF solicitó precisiones respecto del modo en que secomputarian los plazos para impugnar, ni lo aclaró el Tribunal que dictó la sentencia.

Dicho contexto, ajeno al imputado y su defensor, se presenta al menos como confuso para entrañar un cuadro juridico que habilite a esta Cámara en lo Penal a rechazar la impugnación por vencimiento del plazo para recurrir la condena.

En el caso "Provincia del Chubut c/E. M. s/ Portación Ilegitima de arma de guerra", el Superior Tribunal de Justicia, en una circunstancia, en mi opinión mucho más clara en favor de la extemporaneidad, revocó el rechazo de la admisibilidad impugnativa echando manos a la doctrina de la arbitrariedad de sentencia por exceso ritual manifiesto.

Al margen de lo expuesto, debe tenerse en presente que cuando el STJCH resolvió tener en cuenta ciertos aspectos vinculados a los procesos penales, para no suspender los plazos del proceso, lo hizo retroactivamente, por lo que mal podrian hacerse jugar dichas fechas en contra del imputado. De tal modo, y a poco que se contabilizan los plazos transcurridos desde el dictado de la sentencia -teniendo en cuenta las suspensiones de plazos dispuestas- la impugnación fue deducida en término.

De tal modo, estimo que la impugnación debe declararse formalmente admisible y avanzar sobre sus aspectos materiales.

II. HECHOS PROBADOS SEGÚN EL TRIBUNAL COLEGIADO.

Para adentrarme al tratamiento del primero de los motivos

de impugnación, habré reseñar que el recurrente expone los hechos conforme estima que fueron probados en el debate, pero su recreación se aparta de la reconstrucción fáctica realizada por el Tribunal Colegiado sentenciante, sin hacerse cargo de refutarla, remarcando sus presuntos yerros o eventuales vicios de fundamentación.

Se formula el agravio explicando el presunto error en la teoría jurídica a partir de la cual el A-quo afirmó el exceso en la legítima defensa alegada, pero parte de un escenario fáctico distinto al utilizado por los jueces a cargo del debate. Considero que ello constituye un error de fundamentación ya que no hay correlación entre la solución jurídica que se propone **y** el hecho sobre el cual se argumenta. No debe olvidarse aquí que si bien el recurso deducido es amplio, la competencia de la Cámara en lo Penal se debe ajustar, en principio, a los motivos de agravio expuestos por el recurrente.[1]

Por, otro lado, los argumentos brindados por los Magistrados del debate para recrear lo acontecido se han basado en una interpretación de la prueba producida de modo acorde a las reglas de la lógica y apegado a las máximas de la experiencia. Sobre la tarea interpretativa de la prueba, la defensa no ha individualizado una crítica que permita a ésta Cámara modificar el hecho tal como fuera reconstruido por el Tribunal.

[1] "La *materia prima de los jueces de las cámaras son los agravio, no el examen de toda la causa, como si se tratara de un tribunal de mérito o de un tribunal de consulta constitucional. Los miembros de la alzada deben ceñir su decisión a los agravios que se les plantean y no exceder ese límite, salvo en beneficio del imputado excepcionalmente..."* (STJCH, caso «D. R., J. p.s.a. homicidio agravado r/víctima G. C. - Trelew» (Expediente N° 100478 - Año 2019 - Carpeta Judicial N° 7284 OJ Trelew)

Al realizar tal faena, se advierte también que los jueces fueron

sumamente prudentes, ya que cuando no encontraron un precepto fáctico categóricamente probado, optaron siempre por la versión más faVorable al imputado, aplicando el principio constitucional de la duda beneficiante de modo acertado.

Sobre ello hay además una particularidad en el caso traído.

El sistema procesal vigente en nuestra provincia se ha enrolado entre los denominados acusatorios de corte adversativo. En tales sistemas, amén de otras características, se busca mantener la centralidad del debate. De allí, que si bien no hay materias cuya revisión se encuentre vedada, lo infranqueable para la Cámara en lo Penal es aquello que surge de la inmediación. Es decir, aquello que los jueces del juicio percibieron, a través de sus sentidos, cuando las partes produjeron las pruebas. Normalmente los registros de audio permiten recorrer un camino similar al de los Magistrados a cargo del debate, pero en este caso los testigos expusieron sus versiones del hecho en base a dibujos (que no fueron luego agregados como prueba) y en el lugar del hecho, explicando in situ lo que había ocurrido, sefialando los desplazamientos que tuvieron los protagonistas de los sucesos mientras éstos se desarrollaban. Nada de ello fue registrado, ni ha sido objeto de cuestionamientos procedimentales, por lo que ha quedado dentro del ámbito propio de la inmediación y por lo tanto, como ya señale, intransferible en esta instancia.

En definitiva, los jueces fundaron adecuadamente la recreación histórica de los hechos ocurridos basándose en la prueba rendida, y orientándose por circunstancias propias del debate, que esta Cámara no puede conocer por haber quedado enmarcadas en la inmediación propia del juicio oral y público. De allí, que ese aspecto de la sentencia no pueda ser modificada a esta altura del proceso en las condiciones referidas, en especial, en ausencia de agravio por parte del señor defensor. Tampoco recurrió el MPF.

Para continuar el análisis propuesto, ilustraré el modo en que los hechos fueron imputados originalmente, y cómo fueron finalmente reconstruidos por el Tribunal Colegido, para luego, expedirme sobre la procedencia de la queja aquí tratada.

Los representantes del Ministerio Público Fiscal imputaron, conforme quedara expuesto en el auto de elevación a juicio, los siguientes hechos: el N°1 *"ocurrido en la Localidad*

de Corcovado el día 8 de octubre de 2017, siendo las 5:00 hs. aproximadamente, en circunstancias en que en la Escuela X, lugar donde se estaba desarrollando un baile y previo un conflicto entre D. Ñ., C. V. y E. A. en el interior del recinto, finalizado el baile y al momento que se alejaban del lugar, en proximidades de la Escuela Secundaría X, frente al nicho de gas, el personal policía trata de evitar que resurja el conflicto entre los nombrados precedentemente, para lo cual acompaña al grupo de Ñ. hacia el auto para que se retiren del lugar. En ese momento D. R. P., sin pertenecer a ninguno de los dos grupos, previo ir a su vehículo Fiat Uno y tomar un arma blanca de grandes dimensiones,. regresa e incita a pelear al grupo donde estaban E. A., C. M. R., A. M., R. A. y N. D. P., entre otros, procediendo a arrojarle el líquido de una lata de cerveza en la cara a R., para luego tirarle con la lata en el rostro, a lo cual R. reacciona ante la provocación de P. produciéndose un forcejeo y P. haciendo uso del arma blanca de grandes dimensiones, procede a pegarle 3 puntazos a C. M. R., a la altura del abdomen provocándole una herida que mide 9,5 cm de longitud y la restante lesión de 5,5 cm, una herida cortante con pérdida de sustancia en la cara interna del brazo izquierdo de 5 cm de longitud y 2 cm de ancho, lo que hace que R. reaccione y le propine un golpe de puño en el rostro, cayendo P. al suelo. R. le da una patada al cuerpo de P. y este con cuchillo en mano y desde el sue1o vue1ve a cortar a R. en el muslo de la pierna derecha provocando una herida de 16 cm de longitud, dejando a R. mal herido y con riesgo de perder la vida, lo que motivó su urgente derivación al hospital zonal de Esque1.

En las mismas circunstancias de tiempo y lugar, siendo las 5:05 hs. aproximadamente, D. R. P.; luego de herir gravemente a R., y utilizando la misma arma blanca tipo cuchillo procedió a asestarle al menos dos puñaladas a E. A. -quien estaba desarmado- una a la altura del abdomen y la restante a la altura tórax y tetilla izquierda, con fractura de quinta costilla, herida que penetro hasta el corazón, I. dejando a A. además de mal herido, inconsciente y tirado en el lugar. Dicho accionar le produjo a la víctima un paro cardiorrespiratorio traumático consecuencia de la herida de arma blanca en tórax, la cual involucró el corazón dejando un corte de 3 cm, llevando a un shock hipovo1émico de grandes dimensiones (neumotórax) que en atención a la gravedad y gran

pérdida de *sangre, falleció en* el *lugar* de *los hechos".*

"Luego de *dejar sin vida* a *A.,* el *uniformado policía J. M. P., intenta detener* a *D. R., P., pero este no deja aprenderse* y *procede* a *dar1e un puntazo* al *nombrado policía. En las mismas* circunstancias de *tiempo* y *lugar,* se *acerca R. A. hacia* la *persona* de *su hermano que* ya *se encontraba mal herido en* el *piso* y al *verlo D. R. P.,* le *refiere* "a *vos también concha* de tu *madre* te *voy* a *hacer cagar"* y le *tira unos puntazos con* el *cuchillo, viendo esta actitud M. V.* lo *toma desde* la *campera* y lo *tira para atrás* a *R.,* y de *esta forma impide que también sea lesionado".*

"Luego de *todo ello,* el *imputado emprende* la *retirada exhibiendo* el *cuchillo en mano* e *invitando* a *todos* a *pelear, manifestando* ***"vengan todos"*** *refiriéndose* al *grupo* de *los amigos del fallecido A.* y *que iba* a *"achurar un policía* y *uno* de *ustedes también", con esta actitud violenta llega hacia* su *auto donde* lo *esperaba con motor en marcha* su *amigo V. L., ingresa al asiento del acompañante con el cuchillo en mano y se dan a la fuga a alta velocidad, personal policial efectúa disparos para que se detengan a lo cual hacen caso omiso logrando finalmente huir del lugar".*

Hecho N°2, *"Ocurrido en la localidad de Corcovado, el día 8 de octubre de 2017, siendo las 05:50 hs. aproximadamente, en la Comisaría de Corcovado, en circunstancias que D. R. P. concurre luego de haberle dado a E. A. y lesionar gravemente a R., a la seccional policial junto a sus progenitores y amigo V. L.. Que ingresa profiriendo amenazas, hacia la persona del empleado policial M. P., "fue culpa de ustedes, vos M. sos un cagón no sos un P. te voy a cagar matando"; seguidamente también amenaza al empleado policial P. E. T. y le refiere "a vos también hijo de puta te voy a matar", al intentar éste acercarse a la persona de P. con la finalidad de aprehenderlo, P. procedió dolosamente a agredir físicamente al uniformado T. propinándole un golpe de puño en el rostro, impactándole en la boca provocándole una herida cortante en la mucosa labial mientras seguía díciéndole "sos un cagón te voy a mater hijo de puta", resistiéndose en todo momento* a *la detención alzando sus brazos en posición de lucha y desafiando a pelear al personal policial. Siendo posteriormente reducido y alojado en uno de los calabozos de la Comisaria".*

Los Magistrados a cargo del debate tuvieron por probado que durante el curso del baile mencionado en la acusación, E.

A. agredió a D. Ñ., puntualmente le pegó una trompada, lo que generó que la policía lo sacara del lugar. Luego, lo dejaron reingresar, sin que se produjeran nuevos incidentes dentro del gimnasio hasta que terminó el evento.

En lo referido al primero de los sucesos, el Tribunal de juicio analizó el hecho imputado por el Ministerio Público Fiscal, y de tal secuencia fáctica - en lo que aquí interesa- tuvo por acreditado que D., R. P. se acercó al lugar en donde se había generado un nuevo incidente entre E. A., su ex pareja, C. V., y el actual novio de esta, D. Ñ., a la salida del baile realizado en el gimnasio de la Escuela N° X de Corcovado, en un horario cercano a las cinco horas. En dicho contexto, y mientras el personal policial estaba apostado en el lugar e intentaba controlar la situación, para lo cual escoltó a V. y Ñ. desde la puerta del gimnasio hasta el auto de la nombrada, que estaba estacionado en las inmediaciones, P. se involucró en el conflicto efectuando alguna manifestación hacia A. y sus acompañantes, probablemente mediante insultos, tras lo cual les arrojó cerveza y/o su envase -lata- al lugar en que se encontraban A. y R..

Esto genero la reacción de los nombrados y quienes los acompañaban, traspasando el cordón policial y agrediendo, mediante golpes de puño y patadas a P., quien cayó sobre el asfalto. Se menciona a un grupo, que estaría integrado por E. A. (a "G."),' su hermano R. (a "P."), C. M. R., A. M., N. P. y R. N.. E. A., antes de comenzar su agresión física sobre P., le quitó al Cabo de Policía J. M. P. su bastón tonfa, para luego utilizarlo y propinarle golpes al imputado. Mientras esto ocurría, V., N. y T., se fueron del lugar en el automotor al que habían ascendido.

También tuvieron por probado que D. P. se incorporó, fue hasta su vehículo, estacionado sobre el margen contrario de la calle en dirección a la salida de Corcovado; y extrajo un cuchillo. Con el arma blanca, primero le causó tres lesiones a R. poniendo en riesgo cierto su vida- y luego otras dos lesiones a E. A. que lo llevaron a su muerte en pocos minutos.

Asimismo, estimaron probado que cuando el acusado lesionó a E. A. éste ya no tenía el bastón tonfa que le había quitado al efectivo policial, porque el uniformado lo había recuperado de manos del propio A. tras un forcejeo.

Luego de ello, y al advertir que E. A. cayó al piso gravemente herido, su hermano R. se acercó a defenderlo,

circunstancia en la que D. P. lo agredió con su cuchillo, sin lesionarlo. También se le acercó el Cabo P. para aprehenderlo, pero el encartado también lo agredió con su arma, sin lesionarlo.

Así las cosas, D. P. sube a su vehículo del lado del acompañante cuando L. V. se había colocado previamente al volante de la unidad para luego darle marcha. Allí, el grupo de A., al ver lesionado gravemente al nombrado, comienza a golpear el auto y los efectivos policiales a efectuar disparos, a pesar de lo cual, P. se va, de la escena.

I . Dicha recreación histórica de los hechos implica descartar algunos de los preceptos fácticos propuestos por las partes para conformar sus respectivas teorías jurídicas.

En relación a la hipótesis del MPF, lo central es que el Fiscal no logró probar -a criterio del Tribunal de juicio- que el acusado se hubiera muñido del cuchillo antes de provocar al grupo de A., insultándolos y arrojándoles cerveza y/o la lata. Respecto de éste tópico se hizo operativo el principio de la duda beneficiante.

Esta circunstancia ha operado obviamente a favor de la tesis defensista, ya que de haberse probado con certeza la propuesta Fiscal, el obrar de P. no hubiera sido nunca defensivo.

Respecto de la legítima defensa argumentada, el Aqua consideró que a partir de la prueba producida no se acreditó que cuando, P. ingresó a su automotor lo hubiera hecho para irse del lugar y que no pudo hacerlo porque Vivanco tenía las llaves del auto. Tampoco que en ese momento el grupo de A. estuviera produciendo daños sobre el vehículo, y que fue en ese marco que, atemorizado por su vida, tomó el cuchillo para iniciar su acción defensiva. También esto, como se verá luego, es dirimente, porque de haberse probado dicho extremo, la intensidad del ataque sobre el acusado podria haber habilitado un defensa intensa que justificara el despliegue de violencia que concluyó con las lesiones graves inferidas a R. y con la muerte de E. A..

Lo cierto entonces, es que la legítima defensa alegada, o su exceso, deberá ser evaluada a partir del cuadro fáctico precedentemente expuesto, de conformidad con lo concluido por el Tribunal Colegiado.

En base a tales hechos, es que evaluaré el contexto eh que el imputado actuó lesionando a R. y luego a A..

No cuestionaré que inicialmente P. hubiera obrado en defensa propia porque la impugnación de la defensa, incoada en el marco de lo normado por el art. 374 del rito, no permite modificar su situación empeorándola (art. 369 último párrafo del C.P.P.).

El Tribunal interpretó la intervención de P. en el conflicto en curso, como una provocación (insultos y arrojar cerveza y/o envase al rostro de R.). Sin perjuicio de ello, no consideró esta provocación suficiente a los fines de descartar la legítima defensa alegada en su favor, ya que entendieron la reacción del grupo agresor como desproporcionada.

Lo cierto, es que fue en ese momento que M. R. le aplica a D. P. un golpe de puño que lo derriba, y luego, sus acompañantes, le propinan otros golpes, entre ellos uno, o unos, aplicados por E. A. con un bastón tonfa que le sacó al Cabo P..

De allí, que para determinar la intensidad de la reacción que luego tuvo P., es ineludible analizar la entidad de ésta agresión fisica grupal ej ercida sobre el imputado. Ello será uno de los puntos de referencia que permitirán determinar la racionalidad y proporcionalidad de su reacción para neutralizar la agresión que se había iniciado en su contra.

He repasado los audio s que registraron los testimonios prestados por quienes presenciaron los hechos, con el objeto de extraer datos concretos sobre la intensidad de este acometimiento contra P..

A partir de lo depuesto por el grupo conformado por efectivos policiales, es factible reconstruir que E. A. estaba acompañado por unas cinco o seis personas ya mencionadas en párrafos previos. Y si bien es cierto que el Cabo J. M. P. hace mención a que son varios los que acometen contra D. P., también lo es que alude a dos protagonistas concretos. M. R., quién primero golpea al acusado, y tras caer al piso, lo patea, y E. A., quién utilizando el bastón tonfa que le quitó, golpeó a D. P. en el cuerpo. El resto de las referencias son genéricas.

Sobre la intervención de A. en la golpiza con la cachiporra, hay que tomar un dato que es objetivo. Primero, le quitó de la cintura el bastón tonfa al Cabo P. cuando ya M. R. había comenzado a pelear con el imputado. Luego, que tras utilizar la porra en la agresión, el Cabo P. reaccionó –como es lógico suponer- tratando de recuperar su instrumento, de

trabajo, acción que indudablemente ha restringido, la posibilidad de que E. A. pudiera seguir usando el bastón en contra del acusado. De hecho, la escena descripta por los testigos, respecto del momento en que E. A. es lesionado mortalmente, es concomitante con el momento en que el efectivo policial forcejeaba con el nombrado para recuperar su porra.

Sobre la cuestión, se refieren en similares términos el Cabo Primero S., el Agente G. R., la Sargento G. P., Agente P. T. y el Cabo E. R., ya que ninguno logra especificar quién más golpea a P..

Tanto M. R., como G. M. y R. N. mencionan que luego de que D. P. le arrojara cerveza al primero de los nombrados, éste le pega un golpe de puño, lo derriba y lo patea en el suelo.

N. P., por su parte, corrobora que vio a E. A. con el bastón tonfa en su mano, y lo relaciona con el momento en que el Cabo P. lo toma para recuperar dicho elemento y el momento en que su amigo es lesionado por el imputado.

Amigo del imputado es L. V., quién también fue oido en el debate, y sobre la cuestión, de modo concordante, menciona los golpes propinados por R. y E. A.. De modo puntual, solo suma a R. A. como autor directo de algún golpe.

Surge también de todos los testimonios prestados por el personal policial, que si bien fueron desbordados (vinculan esto con la sorpresiva intervención de D. P. en el conflicto) nunca se retiraron o desentendieron de su actividad preventora. El propio grupo de pertenencia de1 occiso también lo menciona en el curso de sus respectivas deposiciones. Por ejemplo, N. P. menciona que quiso ir hacia D. P. para pelearse, pero dos efectivos lo sujetaron, uno era S. y el otro T..
Mencioné ya la actitud del Cabo P. sobre E. A. que, forcejeo mediante, lo interceptó para recuperar su bastón. Luego de producidas las lesiones, el Cabo P. también intentó detener al acusado para que no se vaya del lugar, pero éste lo agredió con el arma blanca. Otro acto que da cuenta de una presencia Policial activa, aunque no efectiva.

También R. N. señala que mientras P. y R. peleaban, eran rodeados por policías.

La presencia policial activa debe tenerse en cuenta para evaluar el contexto en que se defendió el imputado porque constituye dato obj etiva respecto de los medios que operaban

en el momento para su beneficio.

El otro dato con que se cuenta para establecer la intensidad de la agresión de la que fue objeto P., lo constituyen las lesiones que padeció.

Sobre la entidad de las lesiones padecidas por D. P. se cuenta con dos fuentes probatorias. La primera, el reconocimiento médico efectuado cinco horas después del hecho, por el Dr. R. D. en el Hospital Rural de Trevelin. En tal oportunidad, el médico señaló que sólo relevó una lesión de origen traumático en la cara interna de la pierna izquierda, de cinco por cinco centímetros, por debajo de la rodilla. El profesional explicó su metodología de trabajo, desde hace 20 años, que consiste en interrogar a la persona que revisa, y luego revisarlo y hacer constar únicamente aquellas circunstancias que puede observar. Que sólo consigna en el formulario de reconocimiento médico legal, aquello que puede constatar.

A preguntas del Fiscal, el médico señaló que si le hubieran pegado a P. con un bastón como los que usa la policía, habrían dejado marcas en el cuerpo del nombrado. La defensa no contraexaminó al testigo.

D. P., cinco horas después del hecho, no presentaba lesiones en el rostro (los hematomas aparecen rápidamente en esta zona), ni excoriaciones al caer sobre el asfalto, cortes o lesiones contuso cortantes. Sin duda hubo un acometimiento violento y plural, pero no se vislumbra un, panorama en el que, el imputado hubiera sufrido lesiones realmente graves.

Familiares del imputado han señalado que varias horas después del hecho le afloraron lesiones visibles en todo el cuerpo al imputado. El Tribunal del juicio lo consideró a favor de la tesis defensista, para apoyar la existencia, como se viene afirmando, de una golpiza propinada entre varias personas, aunque con las aclaraciones que efectué previamente.

[2] **En su declaración V. dice que por 105 movimientos de 105 brazos de E. A. puede afirmar que éste lo golpeó a P. con el bastón, pero no sabe dónde ni cuantos golpes le asestó.**

Estas lesiones permiten establecer una noción de la entidad de la agresión que sufrió el acusado. Primero, el origen de la pelea no era con él, con lo cual es lógico suponer que después de, haberle propinado varios golpes, la agresión del grupo cedió. Como señalé, la entidad de las lesiones corre en ese sentido. Pero además, surge de los testimonios colectados que P. se pudo incorporar por sus medios e ir a su vehículo, abrirlo y extraer de su interior un cuchillo. Si la entidad de la agresión de la que era objeto fuera como la que intenta acreditar la defensa, ello no podría haber ocurrido de ese modo. La más mínima experiencia indica que si cuatro personas agreden a golpes de puño y patadas a un sujeto caído, éste difícilmente podrá ponerse de pie. Si lo logra, con seguridad no podrá desplazarse hasta su auto, abrir la puerta y extraer un elemento de su interior.

Por otra parte, como ya señalé, la policía estaba en el lugar, y si bien no fue efectiva para imponer el orden, indudablemente persistió en lograr la pacificación de la escena. El Cabo P. estaba recuperando su batón tonfa de manos de A., lo que lo quitó -al menos momentáneamente- del grupo agresor. El resto de los efectivos siempre estuvieron enfocados en frenar a quienes acompañaban a la víctima. Todo ello, permite afirmar que P. se levantó, se trasladó hasta su vehículo, abrió la puerta, introdujo su cuerpo dentro del auto, y sacó su cuchillo, porque la agresión sobre él, al menos, había mermado en su intensidad.

Para que quede claro, la agresión sobre D. P. existió, fue plural y violenta, aunque sin producir lesiones graves. Lo que intento demostrar es que esta agresión, al menos mermó en su intensidad, permitiendo, como ya referí, que P. se incorporar, fuera hasta su vehículo y tomara el cuchillo que dejó en su auto. Este cuadro, se aparta diametralmente del panorama que menciona la defensa en su impugnación.

Es en tal marco que luego acomete primero contra R. y luego contra E. A.. Los Magistrados consideraron que P. apreció erróneamente la intensidad en la persistencia de la agresión en su contra, y que por lo tanto el modo en que utilizó el cuchillo -infiriendo lesiones en zonas vi tales de sus contrincantes- excedió la necesidad de la defensa, tornándose irrazonable y desproporcionada para hacer cesar la agresión en su contra.

Lo que a mi juicio puede justificar el error en la

valoración de las circunstancias que imponía los límites a la necesidad de la defensa, lo constituyen el número de personas involucradas y la rapidez con que los hechos se sucedieron. Error, obviamente vencible. El instituto de la legítima defensa "no *exige que la* intensidad *de la* reacción sea idéntica *a la de la* agresión. El lenguaje *de la* ley no *es* aritmético; mal podría serlo. Es racional.. *Y* dentro *de* esa racíona1idad, *la* legítima defensa *es* una reacción computada, porque *es el* hombre quién, como tal calcula, computa, *y* en consecuencia obra. Para decirlo en otras palabras, no *es* un cómputo científico: necesariamente fatal, causal *o* explicativo. Es, como *10* establece en *su* expresa referencia *la* letra b), un cálculo que, como operación del intelecto, *es* racional *y* por *ello* va1orativo. Todo, hecho con *la* rapidez *y* quizás con *la* velocidad *de* una computadora, porque *la* defensa tiene *su* tiempo útil; está constreñida, limitada *al* tiempo en que dura *o se* proyecta *la* agresión" *("Defensa en* legítima defensa", Justo Laje Anaya y Cristóbal Laje Ros, 2° Ed. Marcos Lerner, pag. 60).

En esta errónea ponderación de las circunstancias, el acusado optó por tomar un arma y utilizarla infiriendo lesiones en zonas *vi*tales de dos personas, una de ellas, estaba siendo sujetada por un miembro de las fuerzas policiales. Luego de ello, prosiguió con su actitud agresiva, acometiendo a dos personas . más con el cuchillo que tenía en sus manos, y se fue del lugar en el vehículo en el que llegó. Solo resaltaré, por su elocuencia, la frase del Cabo E. R., quién al expresar su punto de vista sobre lo ocurrido, dijo que "al principio le parecía que P. era el agredido, pero después se revirtió la situación y él pasó a agredir".

Ello no hace más que condensar el punto de vista que recrearon los jueces, P. seleccionó un medio y lo utilizó de modo irracional, excediendo la necesidad que la situación real ameritaba en ese momento para hacer cesar la amenaza de la que era objeto.

El intento de la defensa en probar que el hecho se produjo cuando el acusado intentó irse del lugar, no pudiéndolo hacer porque no tenía las llaves de su vehículo, y que en ese momento le golpeaban violentamente su automotor -rompiendo parabrisas, y espejos-; da clara cuenta de que para lograr la legítima defensa necesitaban establecer una actualidad

en la agresión, y que ésta aún mantenia una intensidad grave. Como ya mencioné al inicio de éste apartado, el Tribunal Colegiado no tuvo por acreditado este tramo de la teoría del caso del defensor. Al desmoronarse este precepto fáctico, también lo hizo su alegación de legitima defensa plena.

El **A-** quo se inclinó por la posibilidad más beneficiosa, la del exceso. Las citas jurisprudenciales traídas por los Magistrados corren en ese sentido. También las notas doctrinarias, en especial las expuestas por la Dra. Révori, acudiendo a las reflexiones del Dr. H. D.; las que comparto y omito repetir para no incurrir en reiteraciones innecesarias.

Luego de ello, el Tribunal a cargo del juicio explica que con las lesiones inferidas a E. A. la situación de peligro hacia P. directamente terminó. De allí que la justificante no operara en su favor -siquiera en exceso- respecto de las agresiones que ocurrieron luego. Sobre ello poco aportó el recurrente, por lo que no habré de profundizar más cobre la cuestión.

En definitiva, considero que el primer motivo de agravio debe ser rechazado y así lo propongo.

III. DE LA PENA INDIVIDUALIZADA.

En un segundo motivo de agravio, la defensa sostiene que la pena que se le impuso a su pupilo procesal, es excesiva. Para ello hace referencia a que el Fiscal siempre consideró los hechos que identificó como "1", como una secuencia delictiva única, y porque por lo tanto, los ilícitos allí tipificados, debían concurrir idealmente entre sí.

Que ello trae aparejada una escala penal aplicable al caso distinta, sensiblemente inferior a la utilizada por los jueces del debate para individualizar la sanción finalmente impuesta.

Al finalizar la audiencia del arto 385 del rito, se le preguntó al MPF si en su alegación de cierre había efectuado alguna consideración sobre el modo concursal que debían aplicar al caso los juzgadores, pero señaló no recordarlo. De tal modo, recurrimos primero a la acusación escrita, pudiendo verificar allí que efectivamente se acuñó el concurso ideal, efectuando la cita legal respectiva, art. 54 del ordenamiento sustantivo. También hemos escuchado el alegato de cierre luego de la primera etapa del juicio, verificando allí que en su pretensión final, el MPF no hizo referencia al modo en que debían concurrir entre sí los delitos imputados en el marco del hecho denominado "1". También pudimos advertir que ni las agresiones contra el cabo P. ni las lesiones Leves inferidas al Agente T., fueron calificadas por el Fiscal en su forma agravado por haber sido cometidas contra un miembro de las

fuerzas de seguridad. Sobre ello volveré luego.

En su conteste, el Fiscal pide que la calificación sea confirmada, sosteniendo que una vez reconstruidos los hechos, es facultad de los jueces calificar las conductas según su criterio. Hizo referencia allí al aforismo latino *Iura novit curia*, por el que las partes proponen los hechos, y el juez dice el derecho.

También he tornado vista de la sentenvia, para analizar los argumentos seguidos por los sentenciantes para modificar oficiosamente la calificación legal pretendida por el MPF, en particular por resultar más gravosa para el acusado. No he podido relevar un argumento que permita justificar la modificación, resultando acertado, a mi juicio, el reclamo defensista.

No es que considere incorrecta la subsunción jurídica realizada por los Magistrados a cargo del debate, lo problemático es el modo en que se llevó a cabo dicha modificación ya que lesionó claramente el derecho de defensa del imputado.

En nuestro sistema procesal, la teoría fáctica y la jurídica no son separables corno lo sugiere el Fiscal del caso. En este mismo juicio, el señor representante de la vindicta pública decidió no acusar a P. por el delito de Amenazas, y ello llevó, sin hesitación, a su absolución.

El mismo criterio correspondia aplicar respecto de la teoría del concurso de delitos, como así también, respecto de las agravantes aplicadas. Es decir, en ausencia de acusación que sustentara la forma más grave, debió optarse por lo concretamente pretendido por el Fiscal.

Es que si el Tribunal Colegiado advirtió un error - u omisión - sobre la teoría jurídica expuesta por el MPF, "pudo echar mano del mecanismo regulado por los arts: 332 y último párrafo del 322 del rito. Este mecanismo -reminiscencia de los códigos mixtos propios del sistema continental Europeo, y del ceremonial que rige en la Nación, y por lo tanto de aplicación excepcional, a mi entender- garantiza uno de los principios rectores del sistema, la contradicción, que asegura la posibilidad del acusado de resistir la acusación plenamente en condiciones de igualdad con la contraparte.

En un sistema acusatorio adversativo más purista, como el anglosajón, el aforismo legal citado por el MPF, " Iura *novit curia*" no tiene vigencia. Al igual que en nuestra Provincia, a

la acusación le corresponde la carga de la prueba para lograr la condena, a la defensa se le acuerdan todas las garantías necesarias para resistirla; y el juez, tercero imparcial, decide. Es en resumen, una contienda que se rige por reglas, acordandole al Juez la facultad de decidir cuál es la postura que debe prevalecer.

La idea que subyace en los sistemas procesales hacia los que se orientó nuestra provincia, se vuelve patente al explicarse qué es la teoría del caso en dicho contexto normativo. Enseña Muñoz Neira que *"...la* teoría del caso debe aterrizar *en* los hechos *de* cara a las pruebas practicadas pero sin olvidar la aplicación que *de* la norma corresponda a los mismos. En otras palabras, la teoría del caso tiene dos componentes, uno legal *y* otro fáctico, *de* manera que *no* puede manejarse lo uno independientemente *de* lo otro; *no* estamos acá, entonces, frente a la técnica del aforismo romano "da mihi factum daba tibe jus. (dame los hechos *y te* dará el derecho), sino más bien ante un eslogan un tanto distinto que diría más *o* menos "dame los hechos *y del* derecho la interpretación, que *yo te* daré la decisión".

El diseño de *la teoría* del *caso* es *una línea estratégica que,* de *acuerdo a cada evento, tendrá un esquema particular; implicará determinar, a* lo *largo del* juicio, qué *se* quiere *y* qué *se* puede ..." *("Sistema penal acusatorio de Estados Unidos", Orlando Muñoz Neira, Ed. Legis, pago 167).*

Aún sin llegar al sistema norteamericano, la Corte Suprema de la Nación ha explicado en el caso "Matías Casal"[3] que nuestro país tiene una deuda histórica con la introducción del juicio por jurados, y que más allá de que su, plena vigencia se encuentra condicionada a que las legislaturas inicien los procesos de reforma necesarios para el aseguramiento de dicho sistema de enjuiciamiento, ello no obsta a que las leyes sean interpretadas de modo compatible con los principios que resultan aplicables a dicho modelo de juicio. El sistema acusatorio y adversarial es el que, por sus principios, resulta compatible con el juicio por jurado. Es a partir de allí que el Alto Tribunal re interpreta el rito nacional para definir el alcance del recurso de casación, asegurando el cumplimiento de las normas internacionales que hacen referencia al doble conforme de la sentencia de condena, como un derecho del imputado.

Estos mismos principios procesales, son receptados por nuestro sistema procesal (arts. 2, 3 y 17 del C.P.P.).

Por su parte, el arto 18 del C. P. P. le veda al juez toda iniciativa en materia del impulso de la acción pública, y los arts. 37 y 113 colocan, de modo inexorable, el ejercicio de la acción pública en cabeza del Fiscal, al igual que la carga de la prueba de la acusación (el acusador privado, pu~de cumplir ésta función en los casos puntualmente previstos).

Los arts. 332 y 322 del citado plexo normativo, regulan el mecanismo que debe implementarse, para introducir modificaciones en la teoría jurídica propuesta por las partes, cuando el órgano juzgador entiende que la calificación propuesta es incorrecta. Con ello, como ya indiqué, lo que se asegura es la existencia de un contradictorio previo a la decisión, En el que las partes, en igualdad de condiciones, en esp'ecial la defensa, puedan debatir sobre la procedencia de la hipótesis de cargo, la que pesa siempre sobre el MPF.

Enseña en esta linea Ledesma que "... *el principio iura novit curia reconoce* un *límite infranqueable* en *la inviolabilidad de la defensa* en *juicio, toda* vez *que parece* un *contrasentido que variar la plataforma fáctica intimada al imputado constituya un acto irregular insalvable* y *que* no *lo sea el apartamiento de las consecuencias jurídicas, que constituyeron el objeto del proceso, sin que éstas hayan sido refutadas por* el *sujeto al que* se *habrán de aplicar*" (Ángela Ledesma, "¿Es constitucional la aplicación del brocardo iura novit curia?" publicado en "Estudios sobre Justicia Penal, Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier", Ed. Del Puerto, pago 373).

De lo dicho anteriormente, surge que no se aplicó el mecanismo previsto en los arts. 322 y 332 del ceremonial; y que consecuentemente se agravó la calificación pretendida por el MPF sin asegurar que la cuestión sea previamente debatida entre las partes, ni apegurando que el imputado pueda resistir la fórmula jurídica más gravosa. Consecuentemente, deberá modificarse el concurso de delitos aplicado por el Tribunal y estarse, en tal sentido, a la acusación pública y el auto de elevación a juicio.

Comparto con el Tribunal Colegiado que debieron aplicarse las agravantes previstas para los hechos que perjudicaron al Cabo P. y a Cabo T., ya que ambos estaban uniformados en el momento de los hechos, y que incluso se estaban desempeñando en su función policial específica[4]; pero la modificación se ve

teñida por el mismo vicio que abarcó la modificación de la teoría concursal, por lo que corresponde la misma solución.

El art. 369 del C.P.P. limita la competencia del órgano revisor a los motivos de agravio. En el caso, la improcedencia de la aplicación de las agravantes no fue reclamada por el Dr. H., sin embargo, la propia norma citada excepciona el control de constitucionalidad. En el caso, el criterio modificatorio de la calificación, en perjuicio del imputado, y sin mediar pretensión Fiscal previa, implica una transgresión al debido proceso y al derecho de defensa en juicio que es tutelado por el art. 18 de la C.N., y 45 de la CCH, de allí que deba ser modificada la calificación de oficio por esta Cámara en, lo Penal.

Por otro lado, el vicio reclamado por la defensa, ha lesionado los derechos del imputado porque la modificación en la calificación ha sido más gravosa, Y efectivamente ha propiciado una escala sancionatoria que, en abstracto, es sensiblemente superior a la factible de acuerdo a la calificación que proponía el Fiscal actuante.

En definitiva, respecto del segundo motivo de agravio, considero que debe hacerse lugar parcialmente a la impugnación ordinaria deducida, Y modificar la calificación legal de los hechos, debiéndose declarar en definitiva a D. R. P. autor penalmente responsable de los delitos de Lesiones Graves Y Homicidio simple, ambos cometidos con exceso en la legítima defensa, Y agresiones con toda arma, sin causar herida, reiteradas en dos hechos, los que concurren idealmente entre sí, ello, en concurso real con el delito de lesiones Leves (arts. 45, 54, 55, 34 inc. 6°, 35, 90, 94, 79, 84, 104 párrafo 3° Y 89 del Cad. Penal), por los hechos cometidos el 8 de octubre 2017 en la Localidad de Corcovado, en perjuicio de , M. R., E. R., M. P., R. A. Y P. T..

[3] **Causa 1681, RH. sen. Del 20/9/2005.**

[4] **El hecho cometido contra el Cabo P. pudo resultar en una figura aún más grave, Atentado a la autoridad agravado por el uso de armas.**

Respecto de la decisión que corresponde adoptar, estimo que deberá realizarse un nuevo juicio a los fines de establecer la pena que corresponde imponer, habilitando un nuevo contradictorio para que las partes, en función de la calificación, puedan debatir sobre la sanción que corresponde a los hechos. Teniendo en cuenta los tipos penales por los que ha sido condenado P., y la modalidad concursal aplicada, estimo que debe dársele intervención a un Tribunal Unipersonal. En tal inteligencia, corresponde efectuar el reenvío del caso, para que un Tribunal Unipersonal efectúe un nuevo juicio de cesura de la pena de acuerdo a la calificación legal dispuesta (arts. 71, B 11, 387, 304 Y 329, párrafos 6 y 7, del C.P.P.).

IV. Los honorarios profesionales del Defensor Particular Dr. H. H. deben justipreciarse en un veinticinco por ciento (25%) de los fijados en el punto 3) de la sentencia de grado, tal como lo establecen los arts. 5, 6 bis, 7, 9, 44, 45 Y cctes. de la ley XIII-N°4 (antes ley 2200), modificada por ley XIII - N° 15; Art. 59, Ley V n° 90 y arts. 239, sstes. y cctes. deL C.P.P.

La jueza Carina P. Estefanía dijo:

I) En primer lugar, corresponde dar tratamiento a la cuestión planteada por el MPF en punto a la temporalidad de la presentación de la Impugnación Ordinaria interpuesta por D. R. P. contra la sentencia dictada el 17 de julio de 2019 y notificada en esa fecha y cabe dejar establecido que los plazos de los días 18 y 19 de julio estaban suspendidos conforme el Acuerdo Plenario 4743. Luego también fueron suspendidos los términos en virtud de las medidas de fuerza los días 22,23,24,25,26 y 29 de julio; 7,8,9,12,13,14,15,16,20 Y 21 de agosto sin ninguna limitación.

La Resolución de la Superintendencia Administrativa Nro. 9331-19 SL con fecha 23 de agosto de 2019, que suspende los términos de los días 22 y 23 de ese mes y año establece por primera vez su no aplicación a las personas detenidas -tal la situación de D. R. P. detenido con prisión domiciliaria-o Efectivamente, como refiere el Defensor Particular, dicha resolución fue publicada y notificada a las partes el día 26 de agosto de 2019. De allí que le asiste razón al recurrente cuando solicita que la excepción establecida en la misma no le debe ser aplicada, pues se trata de una limitación procesal que no puede ser de aplicación retroactiva.

De todos modos es importante señalar, que aun computando cómo hábiles esos dos días -22 y 23 de agosto- el recurso fue interpuesto en tiempo y forma, toda vez que desde la lectura de la sentencia hasta la presentación del recurso sólo habían sido días plenamente hábiles los días 30 y 31 de julio de 2019; 1,2,5,6 de agosto de 2019. Luego los días 22,23,26,27 y 28 los plazos fueron suspendidos con la excepción para las personas detenidas.

De allí que -inclusive- en la hipótesis de interpretación más restrictiva de los plazos, la impugnación ordinaria presentada el 28 de agosto de 2019 a las 8.19 horas, se encuentra dentro del plazo de gracia de dos horas que prevé la normativa procesal.

Sin perjuicio de ello, ha sido criterio de este Tribunal, con distinta integración, en consonancia con la doctrina del Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia y de la jurisprudencia nacional realizar una interpretación amplia y, que en caso de duda sobre el modo de computarse los plazos, debe establecerse que la vía recursiva -cualquiera fuese su nomen iure- que garantiza el doble conforme está presentada en término.

No se puede ignorar , que el derecho al recurso contra la condena, además de responder a diferentes normas convencionales (Art. 8.2 CADH, Art. 15.5 ,PIDCP) está expresamente regulado en nuestro Código Procesal Penal en su art. 374.

La norma procesal citada expresamente deja establecido que no podrán aducirse motivos formales para rechazar el mismo y que en caso de duda, se presume que el imputado ha ejercido el derecho a impugnar la sentencia.

II) Dicho esto, e ingresando en el agravió de fondo incoado por el Defensor Particular en cuanto sostiene que no se verificó un exceso en la legítima defensa y que por consiguiente operaba plenamente la causa de justificación invocada por su pupilo, señalo, prima facie, que no advierto que la reconstrucción de los hechos realizada por el Tribunal sea defectuosa o sea consecuencia de una errónea valoración de la prueba.

En ese sentido, considero que los integrantes del Tribunal de Juicio han apreciado correctamente los dichos de los testigos, que en el caso han tenido -en una importante proporción- la particularidad de declarar en el lugar en el que ocurrieron los

hechos, circunstancia que claramente le facilitó a los Jueces la comprensión de los hechos. También señalo a la vez que por el principio de inmediación, se ve limitada la actlvidadde este Tribunal de Alzada, que no cuenta con elementos para contravenir la decisión de los Jueces. Fueron ellos quienes con sus sentidos pudieron apreciar las indicaciones que daban ros testigos respecto de la ubicación de los diferentes actores, de los vehículos y fundamentalmente dónde se desarrolló el enfrentamiento entre el grupo de A. y el imputado P..

Sin ánimo de reiterar y teniendo en cuenta que el Presidente de la Cámara Dr. Hernán Dal Verme que me precede en el voto ha realizado un análisis minucioso de cuales fueron los hechos acusados por el MPF y cuáles fueron los hechos que el Tribunal tuvo por acreditado, es preciso que realice una apretada síntesis de los mismos, para luego explicar si le asiste o no razón al recurrente.

Así las cosas, el Tribunal tuvo por cierto que el 8 de octubre de 2017 se desarrolló un baile en el Gimnasio de Corcovado organizado por la Cooperadora del Hospital de esa localidad y que en un horario cercano a las tres horas se produjo un incidente en el interior del mismo entre E. A. y D. Ñ., -que tendría relación con la pareja de este último C. V., quien tiempo atrás había sido pareja del primero de los nombrados-. Entonces la policía retiró a A. del gimnasio, que salió acompañado de su grupo de amigos. Minutos más tarde con el compromiso de no volver a generar problemas y con la anuencia de los organizadores, la policía le permitió reingresar al baile.

Sin embargo, al momento del cierre la policía y los organizadores del evento le solicitaron a C. V. y a su grupo que permanezcan en el interior del salón toda vez que afuera estaba el grupo de A. esperando que salieran con ánimo de volver a pelear con D. Ñ..

Dentro del Gimnasio, desconociéndose porque motivo, habían quedado el imputado y su amigo L. V., que ninguna vinculación tenían con ninguno de los dos grupos en conflicto.

C. V. insistió en salir y no esperar hasta que el otro grupo se marchara. Entonces se armó una especie de vallado para que saliera junto a M. T. y D. Ñ. y pudieran llegar e introducirse a su vehículo que se encontraba estacionado sobre el carril con dirección en la circulación hacia

la localidad de Corcovado. Fue en ese momento cuando C. V. insultó y golpeó a E. quien continuaba con la intención de pelear con Ñ..

Al mismo tiempo el imputado -que salía del interior del gimnasio detrás del grupo de V.-, les habría pedido de mal modo - con insultos- que dejaran salir a V. y ante el reclamo de, R., de, que se tenía que meter, habría arrojado en contra de estos un poco de cerveza.

Habiendo repasado cada uno de los testimonios, voy a sostener que en mi criterio el Tribunal correctamente no tuvo por probado con la certeza necesaria si el imputado tiró una lata, un vaso, o sólo el líquido y luego si fue un acto voluntario o el derrame se produjo por los movimientos abruptos que realizara el imputado en ese momento.

El Juez Criado dijo *"Tampoco quedó aclarado, fuera* de *toda duda razonable, que tiró el imputado: un vaso* de *cerveza, una lata* de *cerveza o solo el liquido".* Mientras que la Jueza Révori sostuvo *"Evidentemente el incidente "de la lata* o de *la cerveza ocurrió, pues el propio acusado hace referencia* a *ello aunque dándole* una connotación menor, siendo indiferente a esta altura si arrojó la lata o la cerveza o ambas cosas y si lo hizo deliberadamente o de manera imprudente dado el contexto". *Finalmente el Juez Colabelli afirmó* "En efecto; si bien D. P. niega haber arrojado una lata *de* cerveza con líquido, si reconoce que *en* ese momento llevaba consigo *en* una *de* sus manas una lata *de* cerveza *y* que *en* un ademán pudo haberse derramado su contenido, ello queda desmentido por los dichos *de* J. M. P., A. J. S., G. J. R., A. G. P., P. E. T., C. M. R., M. V. B., R. *R. A., N. D. P.* y *G. G. M., qúienes vieron, unos que arrojó una lata* y *otros que arrojó líquido. Lo cierto* es *que dicha incidencia existió, motivando lo referido, más allá que hubiera sido una lata* o *su contenido".*

Este episodio, -asi fue considerado por los jueces-, motivó que R. se fuera contra P. y lo golpeara con una piña, produciendo que este se cayera al suelo y allí fuera golpeado con piñas, patadas por los otros integrantes del grupo que sumarían cinco o seis personas -R., R. A., E. A., N. P., A. M. entre otros-. Incluso se acreditó que E. A. lo golpeaba con el bastón tonfa que previamente le había extraído al policía M. P..

En este punto, los Jueces detuvieron su análisis para destacar que el accionar policial había sido poco profesional,

no idóneo para contener la situación y que efectivamente, después del derrame de cerveza, se vieron desbordados por la trifulca.

El imputado habría logrado zafar de la agresión inicial e introducirse al vehículo, tal cual fuera sostenido por la Jueza Révori con meridiana claridad, quien relató que el imputado *"se cae,* se *levante* y se *desplaza corriendo hacia el* sector *donde* se *hallaba su vehículo* y *extrae el cuchillo".*

Se bajó del vehículo con cuchillo en mano cuando la agresión del grupo de A. hacia su persona no había cesado. (Voto Dra. Révori) También coincidió el *Dr. Criado:* "Cómo digo, la agresión seguía vigente con el ataque *de* R. *y de* E. A. entre otros ..." *y el Dr. Colabelli, expresamente señaló* "por ello comparto con mis colegas en que claramente P. *se* estaba defendiendo del ataque que por una simple provocación no suficiente, generó que los demás lo persigan *y* lo golpeen".

Entonces P. lesionó a R. con un corte en su abdomen, uno en el brazo y el tercero en la pierna; luego lesionó a E. A. en el tórax y en el abdomen y posteriormente le tiró puntazos al policía M. P. que intentaba contenerlo y a R. A. cuando le recriminaba haber herido a su hermano.

En ese momento L. V. (que al declarar explicó por qué tenía la llave del vehículo de su amigo esa madrugada) se subió al vehículo por el lado del conductor mientras que P. lo hizo por el lado del acompañante. V. puso el auto en movimiento y huyeron del lugar, cuando al menos N. P. intentaba romper el vehículo con un palo.

La policía que estaba en el lugar y que había comenzado a lanzar disparos al aire de manera disuasiva para evitar que continúe la pelea, comenzó a disparar cuantiosamente hacia el vehículo -presumiblemente con la intención de detenerlos- exhibiendo una vez más la falta de profesionalismo que han mencionado, los jueces, poniendo en riesgo la vida de los ocupantes del vehículo toda vez que los impactos de bala ingresaron al habitáculo.

Así las cosas, no puede soslayarse que la reconstrucción realizada por el Tribunal de Juicio está basada en la prueba producida en el juicio, en su mayoría testimonial. Sin perjuicio las dificultades propias que surgen en la investigación de este tipo de hechos tumultuosos y dinámicos en el que son lógicas y esperables que existan divergencias entre los diversos testimonios, que pueden ser producto de la relación del testigo con alguna de las partes o de la rápida dinámica del hecho que duró escasos minutos, tal vez menos de

cinco, los hechos pudieron ser reconstruidos.

Veamos entonces cómo los Jueces erigieron la existencia de la justificante aplicada prevista en el art.34 inc. 6to. C. Penal. En primer lugar descartaron que el episodio del derrame la cerveza por parte de D. R. P. -que ellos mismos reconozcan no tener certeza de cómo ocurrió- sea considerado como una "provocación suficiente".

Suprimido ello refirieron que P. debió defenderse del ataque con patadas, piñas y con un bastón tonfa de un grupo de al menos cinco personas - E. y R. A., M. R., A. M.

El Dr. Criadó afirmó *"P., ciertamente fue golpeado* y *mucho".*

En cuanto a la presencia policial en el lugar, de la que se debiera inferir que debia asegurar *la* integridad física de las personas, todos los Magistrados coincidieron que *a pesar* del número de efectivos en el exterior del gimnasio al momento de la salida -entre seis o siete- fueron desbordados, al punto de que E. A. le sacó su bastón tonfa al policía M. P..

En razón de ello entendieron que la *búsqueda* del imputado P. del cuchillo que tenía en su vehículo, para poder defenderse era racional al ataque continuo, innecesario y desproporcionado del que era víctima por el sólo hecho de haber derramado cerveza.

En este aspecto se destaca la precisión conceptual de la Dra. Révori quien no estimó recursos para desarrollar los requisitos de la Legítima Defensa: a)agresión ilegítima; bl necesidad del acto defensivo; c) racionalidad del medio empleado para repeler la agresión y; d) falta de provocación suficiente por parte del que se defiende.

Ahora bien, sin apartarnos a la reconstrucción de los hechos ya referida, corresponde verificar, como requiere el Defensor en su impugnación si en ese contexto el imputado se excedió o no en la defensa de sus bienes jurídicos, en este caso su integridad física y/o vida.

Los Jueces coincidieron que la conducta del imputado comenzó siendo legítima pero dejó de serla por la intensidad del ataque que fundaron en la cantidad de lesiones que le infirió a cada una de las víctimas y en la zona en las que las habría producido: tres de ellas en el abdomen y tórax. (Dos zonas del cuerpo humano en que cualquier persona sabe que se encuentran alojados los órganos vitales, tal es así que en el caso de M. R. le perforó el hígado y a E. A. le punzó el corazón)

Evidentemente el Tribunal de Juicio adoptó la postura

jurídica que sustenta que no procede el exceso si no se han verificado objetivamente los extremos legales en el art. 34 inc. 6 del Código Penal. A partir de tal razonamiento, relacionaron la intensidad del ataque del imputado con la dificultad de dimensionar los hechos que pudo sufrir al momento del ser atacado y entendieron que todo el contexto lo habría conducido a sobreestimar el peligro que corría su vida y por esa razón habría obrado causando un excesivo resultado.

Para atender a la conceptualización que hace el Tribunal, enmarcando la conducta objetada en las previsiones de la justificación que consagra el art. 35 Código Penal, aclaro, que también a mi criterio, el exceso en función de una legítima defensa, sólo puede verificarse cuando se parte de una situación de legitimidad del accionar atribuido.

En el caso en estudio, a partir del análisis que se hace de la prueba rendida, no quedan dudas sobre que el imputado estaba padeciendo una agresión cuya génesis no puede atribuírsele, y que no puede merecer permiso legal, por lo que inexcusablemente reviste el carácter de ilegítima. En ese marco, los actos desplegados para repeler la agresión o impedir su prosecución quedaron abarcados por el inc. 6 del art. 34 Código Penal.

Así, aún el haber empuñado el cuchillo que estaba en el interior del vehículo, debe interpretarse como una forma adecuada y racional de aventar mayores agresiones por parte del grupo atacante, ante la evidente amenaza que significa el enfrentamiento con un utensilio capaz de producir lesiones.

Sin embargo, la utilización de ese cuchillo para aplicar las estocadas que provocaron los daños que dan cuenta el informe de autopsia de A. y el informe médico de R., supera la necesidad de represión o impedimento de la agresión y consecuentemente, el permiso queotorga la normativa para el acto.

Cierto es que, dada la violencia de la situación a la que estaba sometido el imputado, es posible atender a que cortes de menor entidad o aún estocadas sin destino, podrían considerarse aún abarcados por la justificación, pero no fue esto lo que ocurrió, sino las heridas que, dada la contundencia de las mismas provocaron las lesiones que llevaron al óbito a A. y que pusieron en riesgo la vida de R..

En ese sentido y siguiendo la opinión jurídica

del Dr. C. Creus citada por el Juez Criado, ubicados ex-antes al acometimiento y considerando que el imputado también estaba condicionado en su proceder por el consumo de alcohol previo que habría sido importante (conforme relatara L. V., respondiendo preguntas del MPF), produjo un despliegue de violencia que excedió la necesidad de la defensa o el límite de la autorización, pero que el imputado no asumió como tal, es decir con noción de que se excluye la justificante.

Es que más allá del número de personas que lo atacaban, el imputado logró zafarse del grupo y subirse al vehículo y allí, luego de tomar el cuchillo para defenderse, al primero que cortó fue a M. R. que no tenía ningún arma. Y respecto de E. A., en el momento de haber recibido la lesión ya no tenía el bastón tonfa y el policía P. forcejeaba con él para contenerlo, sosteniéndole las manos.

En definitiva, en punto a la acreditación del Exceso en la Legitima Defensa voy a sostener que el Tribunal construyó su pensamiento a partir de realizar una confrontación razonada de la totalidad de los elementos probatorios incorporados al debate, y, con sustento en dicha labor, estableció una coherente relación entre las diversas pruebas que le permitió reconstruir el episodio en el modo en que lo hizo, circunstancia que permite concluir que existió una labor jurisdiccional respetuosa de la sana critica racional que merece ser homologada.

En el contexto de los hechos, que no son los que el Defensor Particular desarrolla en su impugnación apartándose de. los que - con acierto- ha reconstruido el Tribunal de Juicio, si la utilización de un arma provoca daños que, por su contundencia, produjeron lesiones que pusieron en riesgo la vida de M. R. o directamente produjeron la muerte E. A., se superó la necesidad de represión o agresión y consecuentemente, el permiso que otorga, la normativa para el acto incurriéndose en un exceso de legitima defensa.

Por lo expuesto, concordaré con la solución propiciada en la sentencia, pues la respuesta de D. R. P. a la agresión que pretendió repeler fue, indudablemente, desmesurada, y ello es lo que configura el exceso por el que debe responder en los términos del art. 35 del Código Penal.

III) A.- Respecto al agravio que el Defensor ha desarrollado en contra de la pena impuesta por el Tribunal de

Juicio, adelanto que corresponde darle la razón al impugnante en punto al defecto procesal que contiene la sentencia en análisis, con relación al modo en que fueron concursados los hechos.

Veamos el trámite procesal.

El MPF en la Acusación Pública - y así quedó plasmado en el Auto de Apertura de Juicio Oral- sostuvo que todos los tipos penales del "Hecho *1*" incluyendo en el mismo todos los ocurridos en el exterior del gimnasio (lesiones graves, homicidio simple, agresión con toda arma sin causar herida -dos hechos-) concursaban de forma ideal entre ellos y luego concursaban en concurso real con los delitos del "hecho 2" ocurridos en el interior de la comisaría (lesiones leves y amenazas simples).

En el debate, al momento de efectuar su alegato fiscal el Fiscal General no acusó por el delito de Amenazas y si lo hizo respecto de los delitos Lesiones Graves a R. (art. 90 CP), Homicidio Simple a E. A. (art. 79 CP), Agresión con toda arma sin causar herida -dos hechos- a R. A. y M. P. (art. 104 tercer párrafo) y de Lesiones Leves a P. T. (art. 89 del Código Penal). Nada dijo de como concursaban los hechos, ni siquiera hizo referencia al artículo del Código Penal que debía aplicarse.

El Tribunal de Juicio luego de deliberar dictó veredicto y allí determinó que los hechos concursaban de manera real, lo cual se desprende de la sola mención del art. 55 del Código Penal, toda vez que ninguna aclaración realizó al respecto.

En la Sentencia integral dictada luego de realizarse la audiencia de cesura de pena, la Jueza Fernanda Révori al desarrollar su voto se limitó a decir *"que todas las acciones concurren realmente entre sí, pues existe una efectiva* y *verdadera concurrencia* de *delitos diferentes en la misma persona; se trata* de *una pluralidad* de *hechos totalmente independientes.* No *hay pluralidad* de *infracciones* o *lesiones juridicas sino también* de *delitos"* (con cita al prestigioso doctrinario y Juez de la Cámara de Casación de Buenos Aires Dr. H. Díaz).

El Juez Dr. Jorge Criado, al explicar la calificación legal de los hechos imputados y que tuvieron por probados no se expidió sobre el modo en que concursaban los delitos. Sólo se refirió a este aspecto cuando al analizar la pena comenzó diciendo que *"Por aplicación* de *las reglas del concurso real definido por el Tribunal..."*

El Juez Dr. José Colabelli no consignó nada sobre la

materia en crisis, sólo incluyó el art. 55 del C. Penal al cerrar su voto.

Es evidente que el Tribunal modificó en contra del imputado la forma concursal de los delitos contraviniendo la manda del art. 332 del CPP, sin haber dado razones de porque lo hizo y sin haber utilizado la potestad que le otorga el mismo código de rito en el art. 322 del CPP.

Efectivamente se ha vulnerado el derecho de defensa en juicio del imputado, que no tuvo posibilidad de contradecir la nueva forma concursal más gravosa adoptada de oficio por parte del Tribunal de Juicio, circunstancia que la Defensa puso de manifiesto en la audiencia de cesura de pena, pero que el Tribunal soslayó totalmente en su análisis como sí no hubiera existido. En este sentido, el Tribunal de Juicio, de considerar que ya no podía modificar su veredicto, debió mínimamente explicar en la sentencia porque razón alteró la forma en que el MPF había concursado los hechos, que se encontraba plasmado en el Auto, de Apertura del Juicio Oral.

También interesa señalar que el mismo Tribunal al ser advertido por la defensa en la Audiencia de Cesura por la defensa luego de haber dictado el veredicto y verificar que efectivamente había realizado un cambio en la calificación legal en contra del imputado reformatio in peius- pudo retrotraer su propia resolución, pues se trata de una cuestión de alcance constitucional, que de no ser corregida en la instancia de grado necesariamente será modificada en la instancia siguiente como ha de ocurrir en estos actuados.

El déficit del MPF en su alegato final de no decir una palabra de cómo concursan los delitos enrostrados no habilita al Tribunal a escoger el modo concursal que a su criterio entiende correcto.

Entre las opciones legales que tenía a su alcance el Tribunal de Juicio ante la omisión del Acusador estaban la de requerir al Fiscal General se expida respecto de cómo concursaban los delitos enrostrados; la de acudir al Auto de Apertura del Juicio Oral; y por último, de considerar que la forma propuesta por el acusador que integraba el Auto de Apertura de Juicio Oral nó era la adecuada, podia reabrir el debate para que se discuta el tipo de concurso que debia aplicarse al caso.

Se trata de un aspecto de la acusación con clara incidencia en la escala penal que al modificarse del modo en que se ha realizado se aumentó sustancialmente el máximo de la misma.

El Fiscal General esbozó confusamente en la audiencia ante este Tribunal que el Tribunal de Juicio al concursar realmente los hechos habia aplicado el precepto iure novit curia.

No deben desconocerse los limites que dicho principio tienen en los diversos sistemas procesales, que son más extensos en un sistema penal adversarial de corte acusatorio. Pero además, cualquiera sea el procedimiento que se aplique, todo aquello que, en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende, en el sentido de un dato, con trascendencia de ella; sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir, cuestionarlo y enfrentarlo debe ser extraído de la misma.

El Profesor Albérto Binder, -coredactor del CPP de nuestra provincia-, señalala que: "el juicio no puede resultar sorpresivo para el imputado. El Tribunal debe preocuparse porque no se sorprenda al imputado en ninguna de las fases o dimensiones del juicio porque, en este caso, se estaría afectando su posibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de defensa".

En los juicios adversariales, donde imperan reglas de litigio afines al rol estratégico que deben perseguir las partes, la violación al principio de congruencia se detecta con mayor facilidad, porque el desnivel opera en un equilibrio que las partes asumen con mejor naturalidad, a diferencia de los sistemas inquisitivos, donde la verticalidad y el afán de descubrir la real verdad de lo acontecido afectan la imparcialidad del juzgador.

Baytelman y Duce señalan que la teoría del caso es, por sobre todas las cosas, un punto de vista. La acusación fiscal, con su teoría del caso, debe formar una idea desde la simple lógica, y con fin persuasivo, sobre su pretensión. Los autores enseñan que los litigantes deben construir un relato y que éste, que se conforma de proposiciones fácticas que resultan afirmaciones de hecho respecto del caso concreto y formuladas en lenguaje corriente, debe ser persuasivo y remitir, a su vez, a teorías jurídicas, entendidas éstas como proposiciones

abstractas y generales que buscan un correlato en la realidad de los casos a los que se las pretende aplicar. (Baytelman, A. A. Y Duce, Mauicio J., "Litigación Penal. Juicio Oral y PruebaH, Universidad Diego Portales, pág.97).

Pero la prueba, no habla por sí sola. El alegato también es el "armado del rompecabezas" que se ha construido a través de la prueba, y ésta "esta llena de detalles, inconsistencias, concordancias, versiones y matices que arrojan diversos elementos para valorarla y para que, a partir de dicha valoración, los jueces construyan el otro relato que servirá de, base a la sentencia. Este alegato, que es un juicio unitario, imposible de ser desmembrado en "cuestiones de hecho y calificaciones jurídicas", conforma un todo, en el que se incluye, claro está, la interpretación que se efectúa de la prueba (Baytelman, A. A. Y Duce, Mauicio J., Ob. Citada).

Los jueces al fallar de esta manera introdujeron una cuestión jurídica en la sentencia, ajena al debate, que el fiscal no integró en la acusación. La lógica está dada por todas las reglas que constituyen el proceso y a las cuales el juez debe ser fiel; de aquí la aparente incontrolabilidad del juicio de hecho, porque en realidad el control se ejercita sub especie juris sobre su lógica, y sólo en cuanto sea respetada en todo caso la lógica, esto es el proceso, la opción puede considerarse legítima. "Cftar: "Manual de Derecho Procesal Civil V. I, editorial EJEA, 1972 , pág, 462/463, citado en "principio de congruencia en el proceso penal. Reglas Aplicables", Ángela Ester Ledesma.

La actividad desarrollada de oficio por el Tribunal de Juicio les está vedada porque se han forinado una idea del caso y han introducido un "dato" por el que no fueron llamados a fallar. En suma, crearon una propia teoría del caso.

El agravio incoado por la recurrente informa de una clara afectación a una elemental garantía constitucional motivo por el cual debe ser atendido y debe revocarse la sentencia en dicho aspecto.

Por consiguiente, debe corregirse la sentencia de grado aplicando la forma concursal incluida en el Auto de Apertura de Juicio Oral que responde a la acusación pública oportunamente realizada por la Fiscalía en la que se estableció que los cuatro delitos que integran el "Hecho 1" concursan entre ellos en forma ideal (Art. 54 CP) Y en concurso real

(art. 55 CP) con el "Hecho 2" ocurrido en la comisaría, que incluye solo las Lesiones Leves, en virtud del pedido de absolución que efectuara I el propio MPF con relación a las Amenazas Simples.

III) B. - El estudio de la cuestión traída por la Defensa analizada ut supra, puso en evidencia otra actividad del Tribunal de Juicio realizada por fuera de sus facultades (similar a la antes descripta), en cuanto aplicó de oficio la agravante por las características de la víctima tanto para el delito de Agresión con toda Arma sin causar herida respecto de M. P. ocurrida fuera del gimnasio como también en el delito de Lesiones Leves al policía P. T. producida en el interior de la comisaría.

Hemos contrastado que ni en la EPP, ni en la Acusación Pública, ni en el debate, el MPF solicitó se apliquen las agravantes por la calidad de la víctima previstas en el art. 105 del CP, respecto del art. 104 párrafo tercero del CP y en el art. 92 del CP, respecto del art. 89 del CP.

Aquí se advierte el Tribunal de grado reproduce su error y sin utilizar las facultades procesales que le otorga excepcionalmente el Código de Rito -art. 332 del CPP-, agrava la calificación legal propuesta por el MPF sin otorgarle a la defensa la posibilidad de contradecir la misma.

El art. 332 del Código Procesal Penal establece "La sentencia de condena no podrá sobrepasar el hecho imputado con sus circunstancias y elementos descriptos en la acusación y en el auto de apertura, o en su caso, en la ampliación de la acusación. En la Condena, el Tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella indicada en la acusación o en el auto de apertura o aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que no exceda su propia competencia; pero el acusado no puede ser condenado en virtud de un precepto penal más grave que el invocado en la acusación, comprendida su ampliación, o en el auto de apertura, si previamente no fue advertido de la modificación posible del significado jurídico de la imputación, conforme al Art. 322, IV párrafo. Esta regla comprende también a los preceptos que se refieren sólo a la pena y a las medidas de seguridad y corrección y se aplica, asimismo, a los casos, en los cuáles la variación de la calificación jurídica

implique, aun por aplicación de un precepto penal más leve, la imposibilidad de haber resistido esa imputación en el debate.

Se trata de una situación que por su irregularidad manifiesta no merece mayor análisis y se aplican los preceptos citados ut supra al responder el agravio del Defensor con relación al cambio de la forma concursal en contra de su defendido.

El Tribunal de Juicio no puede introducir agravantes incluidos en los tipos penales no requeridos por el acusador público o privado y de pretender hacerlo, debe conceder a la Defensa, la posibilidad de expedirse sobre esa circunstancia. En el caso, la no inclusión de los agravantes se trata de un error por omisión del MPF toda vez que la calidad de policía en ejercicio de su función dé M. P. y de P. T. era conocida por los investigadores desde el comienzo del proceso penal.

Si el Tribunal de Juicio pretende salvar el error del acusador público, al menos, deberá ponerlo en conocimiento de la Defensa, para que pueda contradecir esa nueva calificación, cumpliendo con las formas del Código de Rito para estos supuestos.

Finalmente, la circunstancia de que el defensor no se haya expedido al respecto en su impugnación ordinaria, no es óbice para su tratamiento por parte de este Tribunal toda vez que se trata de una indiscutible afectación a una garantía constitucional, motivo por el cual debe ser corregida, aún de oficio, cuando es advertida por otro Tribunal, en este caso la Cámara en lo Penal, con jurisdicción para realizar una revisión amplia de la sentencia de grado.

En definitiva, se debe confirmar parcialmente la condena al imputado D. R. P. -sin los agravantes dispuestos de oficio por el Tribunal de Juicio- por los delitos de Lesiones Graves (Art. 92 del C. Penal) y Homicidio Simple (Art.79 del C. Penal) ambos cometidos con exceso en la legitima defensa (Arts.34 inc. 6to., 35 del C. Penal), Agresión con toda Arma sin causar herida -dos Hechos- (Arts. 104 tercer párrafo del C. Penal) todos ellos en concurso ideal entre si (Art. 54 del C. Penal) y en concurso real (Art. 55 del C. Penal) con el delito de Lesiones Leves (art. 89 del C. Penal) por los hechos ocurridos el día 8 de octubre de 2017 en la localidad de Corcovado en perjuicio de M. R., E. R., M. P., R. A. y P. T..

IV) La escala penal aplicable conforme las normas citadas tiene un mínimo de un año y un máximo seis años, motivo por el cual corresponde reenviar los presentes actuados a fin de

que se renueve la audiencia de Cesura de P. ante un Tribunal Unipersonal en virtud de lo dispuesto en el art. 71, B), I, 2 del CPP.

V) Con relación a los honorarios del Dr. H. H., abogado particular, ejerciendo la defensa de D. R. P., en el 25% de lo regulado en el punto 3) de la Sentencia de primera instancia. (Arts. 5, 6 bis, 7, 9, 44, 45 y cctes. de la ley XIII-N°4 (antes ley 2200), modificada por ley XIII-N° 15; Art. 59, Ley V n° 90 (antes Ley 4920) y arts. 239, sstes. y cctes. del CPPCH). **Así voto**

A la cuestión planteada el Dr. PINTOS dijo:

I. - Con el fin de no incurrir en reiteraciones innecesarias, he de remitirme a la reseña efectuada al comienzo del presente decisorio.-

II. - Recurso temporáneo.-

1) De conformidad con las constancias obrantes en la Carpeta judicial n° 4304, con fecha 2 de septiembre del corriente año, el Juez Penal del Colegiado de juicio, Jorge Alberto Criado, hubo de proveer favorablemente el recurso ordinario de la Defensa de confianza, previa verificación de la Oficina Judicial. No obstante ello, al contestar el emplazamiento, y sin solicitar la revocatoria de lo actuado, el Ministerio Fiscal alega que ha sido extemporáneo (en el. marco del responde al memorial de agravios).-

En primer término, debemos tomar en cuenta que en virtud de las sucesivas suspensiones de términos procesales, dispuestas por el Excmo. Superior Tribunal de Justicia, mediante Resoluciones n° 9303, 9304, 9306, 9312, 9316, 9319, 9321, 9322 y 9324/19, se prorrogó, el plazo original del vencimiento para interponer la impugnación ordinaria. También luce oportuno destacar que las mentadas disposiciones del Alto Cuerpo, en un primer momento no hicieron distingo entre los casos en los que hay acusados privados de la libertad, y aquellos otros en los que no.-

2) Pero asimismo, es menester considerar que la presentación del acusado P., lo ha sido también *in pauperis forma,* lo cual determina un mayor margen de flexibilidad, a la hora de apreciar la admisibilidad del recurso contra una sentencia de condena; y más aún cuando, como ya se adelantara, el régimen aplicable hubo de variar a lo largo del tiempo, en el sentido que las suspensiones de término tuvieron diferente

amplitud, lo cual pudo haber introducido algún grado de confusión o error, en el cómputo del plazo.-

Nos hemos pronunciado en reiteradas oportunidades acerca de la modalidad de los recursos *in pauperis* forma, en el sentido de que la normativa ritual debe aplicarse con amplitud suficiente, de modo de salvaguardar la garantía del derecho al recurso del condenado ante una instancia superior (sentencias N° 16/14 Y 13/15 del registro de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción judicial de Comodoro Rivadavia, entre muchas otras). Para ello, se han tenido en cuenta las pautas que dimanan del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, ya que tanto la CI DH como la Corte Interamericana han sostenido que siempre que, el interés de la justicia lo requiera, los Estados deben brindar asistencia letrada para formalizar impugnaciones ante los tribunales superiores.-

Así, en el caso "Donnason Knaights v. Grenada" la CIDH entendió que las impugnaciones de carácter constitucional representaban cuestiones jurídicas de orden complejo y que, por lo tanto, hacían necesaria la asistencia letrada; de igual forma lo resolció la Corte Interamericana en el caso "Hilaire, Constantine ...v. Trinidad y Tobago"; y en el caso "Derik , Tracey v. Jamaica", la Comisión mencionó que una apelación luego de una sentencia de condena, también traía aparejadas cuestiones procesales y sustantivas de hecho y de derecho, y que, por lo tanto, la asistencia jurídica era impresindible (consideró que se había vulnerado el art. 8 .2.h de la CADH que protege el derecho a recurrir la condena ante una instancia superior).-

En apoyo, también la CSJN ha aplicado criterios dotados de cierta flexibilidad en la materia, inclusive en casos de inobservancia de algún plazo procesal por parte de la Defensa, y sin que se verificara, estrictamente, un supuesto de recurso in pauperis forma (cfr. fallos "Keiller", del:1 de junio de 2010, y "Cardozo", del 20 de junio de 2006, Fallos: 329:2265). Los recursos in forma pauperis "deberán ser leídos 'como una manifestación de voluntad de interponer los recursos de ley' y se deberán relajar los recaudos de admisibilidad ..." (cfr. A. Alvarez Nakagawa, análisis del fallo "Domínguez" de la CSJN- Fallos, 330: 5052, en la obra colectiva: Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t.

9, ps. 183 y ss., edit. Hammurabi, Bs. As., año 2010, el destacado me pertenece).-

Son de aplicación los arts. 31, 374, 1°, 2° y 3° párrafo, y ccs. del C.P.P. y "los estándares que gobiernan al derecho al recurso en materia penal, en cuanto pregonan que **no pueden ponerse trabas** a la posibilidad de que un tribunal superior fiscalice la validez de la sentencia de condena y su pena cuando existe **voluntad impugnativa por parte del imputado o su defensa**"(SCBA, conf. doct. P.90.262, cit; Ac. 90.702 y Ac. 95.280;ambas sents. del 24/9/2008;Ac. 105.342, sent. del 1/4/2009; P. 107.500 y P. 102.068; resols. del 9/12/2009, entre otros)" -publicado en *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Abeledo Perrot, marzo de 2012, p. 497, el destacado me pertenece-.-

Por todo lo expuesto precedentemente, sumo mi voto por rechazar el pedido de la Fiscalía, en orden a la declaración de inadmisibilidad del recurso ordinario, por extemporáneo.-

III.- 1) Comparto, en lineas generales -salvo aspectos puntuales de tipificación en orden a la forma de concurrencia de los delitos, que se explicitarán más adelante-, el temperamento seguido por el tribunal colegiado de juicio, en orden a la valoración, de los dos primeros hechos por los que se condenó, en su conjunto, y en particular la conducta del acusado R. D. P.; en la medida que no se aprecia, con claridad, que la misma haya estado guiada por un ánimo de defensa, sino que, por el contrario, la prueba de cargo nos ilustra acerca de un sujeto que hizo todo lo posible, por involucrarse en un problema que claramente le era ajeno.-

También hemos tenido muy en cuenta, en la presente etapa, el marco del principio de inmediación que preside la recepción de la prueba en el debate, llevada a cabo prácticamente en el mismo lugar del hecho -y que, por ende, no pueden, reproducirse en esta instancia (v.g. indicaciones puntuales de los declarantes sobre posiciones, distancias, secuencias, etc.)-, todo lo cual constituye un limite infranqueable a la potestad revisora de este Cuerpo, operando también a favor de la confirmación del fallo, en la medida en que ha de privilegiarse la reconstrucción fáctica que efectúa el tribunal de juicio -cfr. P. Bertolino: "... si para la casación tradicional la cuestión problemático-sistemática era saber qué **entraba** dentro

del alcance del recurso, para la nueva figura que delinean los fallos bajo examen (se refiere a "Casal", "Martinez Areco", etc. de la CSJN) , el punto crucial, antes bien se invierte: qué quedará, entonces, **fuera** del remedio impugnativo. La respuesta al último interrogante es clara - por lo menos en su textualización, aunque pareciera que no tanto en la práctica-:quedará **afuera del recurso únicamente aquello que se incluye en la inmediación.** Creemos que solo en este contexto podrá alcanzar significado la voz 'inevitable' usada por la Corte argentina: solo **excusaría** revisar aquello que, por su naturaleza (de las cosas, propiamente), es **imposible** de examinar nuevamente; en lo básico: aquello que cae directa e intransferiblemente bajo la percepción de los sentidos; y añadimos nosotros: que **no podrá textualizarse objetivamente**", citado por Fernando Díaz Cantón, en su artículo titulado: "La relación entre el recurso de casación penal y el recurso extraordinario federal: panorama y prospección" , publicado en la sección *Doctrina del* Suplemento *de* Derecho Penal *de* la página *web "elDial. com",* octubre de 2006, el destacado no pertenece al original-.-

Por su parte, Cafferata Nares en el artículo "¿Un nuevo recurso de casación? (Reflexiones sobre el caso "Casal" de la SCJN)", cita la opinión de Gabriel P. Barberá, quien destaca que "...en un fallo condenatorio deben distinguirse entre *enunciados inferenciales* y *enunciados* de *inmediación.* Los primeros son aquellos que derivan de otros enunciados y, por tanto, conforman argumentos o razonamientos que, pueden ser revisados por un tribunal que no esté en igualdad de condiciones epistémicas con el que los emitió, como sería el de la casación. Un enunciado de inmediación, en cambio, se apoya en **percepciones sensoriales del tribunal de** juicio respecto de su entorno empírico (entorno que, en el caso, se reduce a lo ocurrido en la audiencia de debate). Tales percepciones forman parte del lenguaje privado del hablante y, en consecuencia, son intersubjetivamente comunicables, pero no controlables. Controlar la corrección de los enunciados de inmediación no importa analizar la validez de un argumento, la viabilidad de una inferencia, etc., sino determinar si el hablante percibió bien el entorno circundante. Y para ello si resulta necesario encontrarse en par conditio epistémica con aquél, situación en la que el tribunal de casación puede no encontrarse: este seria

-a juicio del doctrinario- el limite revisor fijado por 'Casal'..." (cfr. aut. cit., en la obra colectiva, Proceso penal: nuevos estándares y controversias, ps. 15 y ss., v. nota n.°39, el destacado ha sido agregado al original).-

Sobre este particular a mayor abundamiento, el entonces Juez de la Cámara Nacional de Casación. Penal, Luis M. García, ha sostenido, a partir de los estándares fijados en el caso de Fallos: 328:3399 ("Casal"), que "... la Corte Suprema no ha impuesto una revisión imposible, en la medida en que los elementos de convicción pueden ser conocidos pero no siempre pueden ser reproducidos en las mismas condiciones en que fueron producidos ante el tribunal de juicio. En este sentido el tribunal de revisión está sujeto a ciertas limitaciones fácticas. Así, por ejemplo, después de declarar que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable, la Corte ha advertido que se impone preguntar qué es lo no revisable y ha declarado que lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación... Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no solo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la *Leistung,* del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso (consid. 24 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; comparar voto de la jueza Highton de Nolasco, consid. 10; voto del juez Fayt, consid. 12, y voto de la jueza Argibay, considerandos 12 y 16,..)." (en su voto de la Sala 1, causa N° 9.749/11, de fecha 23/12/2015, publicado el 09/05/2016, en elDial AA9690-) -

2) Retomando el análisis de fondo, entonces no obstante aquella actitud inicial de P. -adhiriendo a la posición que sostiene que el elemento subjetiva en las causas de justificación; no debe prevalecer por encima de las condiciones objetivas, es decir que, si estas se verifican, ha de estarse a favor de la procedencia de la justificante-, entonces resulta que aún a pesar de la actitud por momentos desafiante,

provocadora, etc., de P. -auténtica voluntad de ayudar" a pelear, además de arrojar una lata de cerveza, o su contenido-, si más tarde él se ha visto superado numéricamente por el grupo rival, vale concluir que ha sido víctima de una "agresión ilegítima", que habilita la defensa.-

Nos encontramos así -*favor rei*- frente *a* un supuesto de reacción necesaria e inevitable, concretamente respecto al tramo de los hechos, en que el imputado recurre al uso de un arma blanca, para defender su integridad física, tal como lo ha bonificado el tribunal de grado -sobre todo, si se toma seriamente en cuenta el contexto del suceso, tanto en cuanto a tiempo (horas avanzadas de la madrugada), como demás circunstancias (salida de un baile, ánimo exaltado de la víctima fatal por cuestiones sentimentales, uso por parte de esta de las denominadas "tonfas" que le quita a un efectivo policial, etc.)-.-

En el primer voto a la primera cuestión, se lee en apoyo de lo expuesto -a lo que me remito por compartirlo íntegramente, y sin desmedro por el valor de los restantes sufragios, al solo título ejemplificativo-, que: "... ante el ataque del grupo de A. a P. el personal policial no fue en auxilio del agredido, ... y no garantizó la seguridad física o inclusive la vida del imputado, hasta ese momento ajeno al conflicto en desarrollo y vigente generado por E. A.. Ello, sin dudas, habilitó a P. a armarse en su propia y legítima defensa ante un plural grupo atacante activo. Los atacantes no solo configuraban un número mayor sino que lo agredían con golpes y patadas desde varios ángulos, aún estando en el piso..." (cfr. p. 45 de la sentencia, voto del Juez Penal Criado).-

Al respecto, en nuestra dogmática nacional se sostiene, en línea con el criterio del colegiado, que: "... el art. 35 está previendo el caso del exceso intensivo, y no hay duda de que, por razones de política criminal, el legislador ha decidido disminuir la pena, pero de ninguna manera eliminarla,.. En el exceso, el autor procede con un desvalor de acción y de resultado. Sin embargo, a raíz del estado de necesidad en que se encontraba, o de la agresión que había sufrido previamente (y sin duda por las circunstancias intelectuales, esto es el error y causas anímicas especiales, como la turbación del ánimo, el miedo o la emoción), el legislador ha decidido disminuir la pena, ya que, en ese caso, una conducta de acuerdo a la norma no le es completamente exigible al sujeto..." (cfr. Edgardo A. Donna, Teoría del

delito y de la pena, t. 2, edit. Astrea, Bs.As., año 2003, p. 213).-

La doctrina española, por su parte, enseña: "...El CP exige que exista 'necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla' (la agresión). Es precisa tanto la necesidad de defenderse de alguna forma (necesidad abstracta de la defensa), como la necesidad del medio defensivo concretamente, empipado (necesidad de la concreta defensa)" -el destacado pertenece al original-. La distinción tiene consecuéncias, importantes: "...si falta toda necesidad de " defenderse (necesidad abstracta), no cabe apreciar ni la legitima defensa completa ni la eximente incompleta ..., puesto que falta un elemento fundamental de la eximente; si, en cambio, habiendo necesidad de defenderse, la defensa concretamente empleada es excesiva (exceso intensivo), podrá apreciarse la eximente incompleta (STS 26 jun. 73, 2 oct. 81, 30 nov. 94, 29 nov. 99) ... Debe admitirse l.a existencia de necesidad abstracta siempre que la agresión obligue a hacer algo para impedirla, aunque pueda evitarse por medios no lesivos ..." (cfr. Santiago Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, 7" edición, Barcelona, año 2004, ps. 435 y ss. -el destacado ha sido agregado al original-) .-

El mismo autor nos enseña que: "El exceso intensivo, supone,... que la agresión es actual pero que la defensa podría y debería adoptar una intensidad lesiva menor (STS 26, jun. 73, 2 oct. 81, 23 sept. 87, 29 ab;. 88) ... el exceso intensivo es un exceso en (la) virtualidad lesiva (de la defensa) ... Faltará la necesidad de la (concreta) defensa, cuando el sujeto pueda claramente utilizar un medio menos lesivo. Es incorrecto, sin embargo, decidir la cuestión mediante la sola comparación material de los instrumentos de ataque y de defensa ... Por 'medio empleado' debe entenderse no sólo el instrumento o arma, sino la modalidad de la defensa... Así, el medio puede resultar innecesario por exceso de la intensidad de la defensa"

(el destacado no pertenece al original).- Surge del informe de la autopsia realizada -el 8 de octubre de 2017- sobre el cuerpo de E. A., por la Dra. Silvana P. Cardinali, Médico Legista del Cuerpo Médico Forense de esta Circunscripción Judicial (Evidencia A3), que el mismo tenía una talla de 171 cms., y un peso entre 80 a 90 kgs., aproximadamente; en cuanto a las lesiones, se observó herida punzo-cortante en región torácica izquierda de 5,5 cm

de longitud por 1,5 de ancho, la que parece profundizarse penetrando a la cavidad torácica, y herida punzo-cortante en región abdominal derecha, de 5 cm. de longitud por 2 cm. de ancho; respecto de ambas lesiones, indicó que al confiontár sus bordes "impresiona el uso de un arma blanca bifilo". Concluyéndose que el mecanismo eficiente de la muerte, ha sido una herida de arma blanca en el tórax, la que consideró que en su trayectoria lesionó piel, músculos, la pared torácica seccionando la 5° costilla y el corazón directamente, produciendo la muerte por shock cardiogénico irreversible.- Examinada la profesional forense durante la audiencia de debate (no medió contraexamen), precisó que una costilla es "hueso", de manera entonces que para cortarla se necesita ejercer una fuerza mayor, que para seccionar solo piel; añadiendo que las heridas punzo-cortantes constan de una parte en superficie, cortante, y otra punzante o sea en profundidad. En el caso concreto, la lesión constatada evidentemente, fue mucho más grave en profundidad, que en superficie, ya que el elemento utilizado "no solamente cortó la piel y lesionó hueso, sino que penetró en la cavidad torácica, zona cardiaca... estamos hablando de una profundidad importante, que casi llega a la columna...". -

En este sentido, se decía en la STS (español) núm. 618/2005 (RJ 2005, 7787), que "...para pronunciarse sobre esta cuestión, es preciso atender tanto a las circunstancias objetivas como a las subjetivas, y no tanto a la semejanza de las armas o instrumentos utilizados por los contendientes, como a la situación personal y afectiva de los mismos; que hay que tener en cuenta las posibilidades reales de una defensa adecuada a la entidad del ataque y a la gravedad del bien jurídico en peligro; así como a las circunstancias en las que, en definitiva, haya actuado el acusado; y que, en definitiva, deben tenerse en cuenta los criterios derivados de las máximas de experiencia (v. . ad exemplum, SSTS de 23 de junio de 1902, 12 de febrero de 1966, 24 de septiembre de 1994 ® 1994, 7183, 2 de octubre de 2002 RJ 2002, 8686), y el 1 de abril de 2004 RJ 2004, 2494)".-

En la STS núm. 962/2005 (RJ 2005,7481), se lee que se trata de una "cuestión compleja, pues como ya dijeron las Sentencias de esta Sala ... la necesidad racional del medio empleado para impedir o repeler la agresión constituye un juicio de valor

sobre la proporcionalidad entre las condiciones, instrumentos y riesgos de la agresión y las propias de los medios y comportamientos defensivos, juicio de valor que obliga a tomar en cuenta no tanto la identidad o semejanza de los medios agresivos y defensivos en cuanto al Código Penal en absoluto equipara la racionalidad del medio con la proporcionalidad del medio,sino el comportamiento adoptado con el empleo de tales medios, dadas las circunstancias del caso, por lo que más que la semejanza material de los instrumentos o armas empleados debe ponderarse la efectiva situación en que se encuentran el agresor y agredido, en la que puede jugar el estado anímico del agredido y la perturbación que en su raciocinio sobre la adecuación del medio defensivo empleado pueda causar el riesgo a que se ve sometido por la agresión. Por tanto, para juzgar la necesidad racional del medio empleado en la defensa, no solo debe tenerse en cuenta la naturaleza del medio, en sí, sino también el uso que de él se hace y la existencia o no de otras alternativas de defensa menos gravosas en función de las circunstancias concretas del hecho. Se trata por tanto de un juicio derivado de una perspectiva ex ante. De esta forma, aspectos subjetivos como la perturbación del ánimo del defensor o cuestiones relacionadas con la exigibilidad de otra conducta distinta, no dejan de tener su relevancia en el ámbito de una causa de justificación como la legítima defensa, naturaleza que no pierde pues, en definitiva, se trata de una reacción actualmente necesaria contra una conducta ilícita". (cfr. *Suplemento La Ley, Penal y Procesal Penal,* 7 de marzo de 2007, sección Jurisprudencia Extranjera, p. 73).-

Puntualmente, acerca del examen de un contexto concreto, en el cual "... a disposición del defensor, sólo existe un medio objetivamente idóneo para impedir o repeler la agresión...", por ejemplo en nuestro caso (favor rei) el cuchillo de P., que se hallaba en su automóvil -cfr. p. 45’ ya citada, del primer voto a la primera cuestión ("... El elemento seleccionado ... fue obtenido luego de la agresión del grupo de A. y lo fue por estar en su auto, pudiendo haber sido cualquier otro elemento el escogido de no haber estado allí el arma...")-; en principio aquel tendrá la consideración de un medio "racionalmente necesario", por más que origine daños en la esfera de intereses del agresor, mucho mayores que los que la defensa pretende evitar.-

Sin embargo, no debe perderse de vista que la dogmática penal también nos advierte, en forma absolutamente predominante, que cuando ese único procedimiento defensivo, origine riesgos "absolutamente desproporcionados", entonces

existirán buenas razones para que este medio "necesario" no se considere "racionalmente necesario", conforme a los "principios , axiológicos subyacentes" a la institución (cfr. Francisco Baldó Lavilla, Estado de necesidad y legítima defensa, edit. José María Bosch, Barcelona, año 1994, p. 310; con citas concordantes de: Mir Puig,. Bacigalupo, R. Mourullo, Maurach, Jescheck, Cerezo Mir y Frister, entre otros, el destacado me pertenece); cuales son, causar el menor daño posible en los bienes jurídicos ajenos más valiosos (v.g. vida humana, integridad física, etc.), buscar, alternativas menos lesivas, como ser atacar miembros, inferiores y superiores, o directamente intentar alejarse del lugar, etc.-

Como veremos a continuación, tal conclusión se refuerza si se añade a todo lo expuesto, y en una valoración conjunta, el restante hecho cometido por el acusado, siempre en el mismo contexto de acción que se ha venido exponiendo.-

III.- La ya mencionada Médica Legista, Silvana P. Cardinali, informó -en fecha 20/10/2017, y su ampliación el 23/11/17- (Evidencia Al), respecto de las heridas que sufriera C. M. R., que al momento del examen físico, presentaba dos heridas punzo-cortantes en pared anterior del abdomen, una de 9,5 cm. paralela al eje longitudinal del cuerpo, y otra de 5,5 cm., oblicua con relación a dicho eje, otra herida cortante en colgajo, con pérdida de sustancia, ubicada en cara interna de brazo izquierdo, de 5 cm. de longitud por 2 cm. de ancho, y una -herida cortante- que cruza oblicuamente el muslo derecho, desde arriba abajo, de 16 cm. de longitud aproximadamente. Concluyó, entre otras consideraciones, que todas fueron producidas por un arma blanca, que tiene al menos un filo, y/o una punta aguzada.- En igual senda de interpretación del cuadro probatorio, que hemos realizado en el apartado precedente, vemos que con respecto al presente hecho, y que ofendiera al testigo C. M. R., este en su deposición ha dejado bien en claro que nada de lo ocurrido en el interior del salón, como tampoco luego a la salida, afectó al acusado P. de modo directo o personal, como para explicar que tomara intervención en el asunto y se involucrara; no obstante lo cual, a pesar de su actitud provocativa, el tribunal colegiado de juicio ha optado por colocarlo en la situación de una víctima de agresión

ilegítima, y habilitar por ende la operatividad de la legítima defensa, sobre la base de la superioridad numérica que debió enfrentar argumento con el cual se legitima también, como ya vimos, que haya recurrido al empleo de un arma blanca, que el resto de los contendientes no utilizó (ni tampoco ninguna otra clase de armas)-.- De acuerdo con la dogmática ya citada -también en el apartado precedente-, y relativa a la eximente incompleta, aquí podemos remitirnos asimismo a dicho marco teórico, para argüir que el uso de un instrumento de filo, entre otras zonas del cuerpo, dirigido al torso con una profundidad que "rozó el hígado", según la deposición de R., ha excedido los límites de la necesidad defensiva. En un antiguo precedente de la entonces Cámara Primera en lo Criminal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, también encuadrado el hecho en la figura de las Lesiones graves (por existir peligro para la vida) cometidas en exceso en la legítima defensa (arts. 35, 90, y ccs. del CP), se tuvo especialmente en cuenta la doctrina legal del STJ, proveniente de un caso consistente en una herida de 5 cms. de profundidad en el abdomen, en el cual se juzgó "desajustada" la concurrencia de la circunstancia del "acápite b)", del art. 34, inc. 6° (CP); toda vez que "... no es dable esperar del sujeto activo cualquier reacción indiscriminada, con cualquier contenido vulnerante, sino solo aquella razonablemente compatible -gradual, diria- con la necesidad exigible por ley...". Añadiendo entonces que: "...El ordenamiento jurídico, que en ciertas situaciones apreciarla conveniente una reacción como la aquí discutida, para el caso la juzga en demasía, sea por el vigor del ataque, el lugar en donde se aplicó el cuchillo, o por la especialísima manera de su introducción moderada... El remanente antijurídico... debe perjudicar al imputado..." (cfr. mi voto en la sentencia n° 15/99 del registro de Comodoro Rivadavia, con cita de la n° 20/93 del STJ).-

IV.- 1) En otro orden, hemos advertido asimismo en la etapa correspondiente a la deliberación,....que la pluralidad de hechos captados en la sentencia, de condena, han sido enlazados por el tribunal a *quo,* en la forma de un concurso real o material (art. 55 CP), modificándose asi el encuadramiento escogido por la acusación pública. Si bien es cierto que ello no alcanza, en mí opinión, y per *se,* para invalidar el decisorio, por afectación del principio de congruencia; sin embargo, tampoco debemos obviar que la formulación del mismo cada vez ha devenido más y más estricta,

en el saber Constitucional y Procesal, siempre con el fin de un mejor resguardo de la defensa en juicio.-

A título meramente ejemplificativo, vemos que la jurisprudencia sostiene, v.g. el TCPBA, por su Sala III, que: "... no puede pasarse por alto que la estrategia de la defensa debe quedar en posición de ejecutarse respecto de todos aquellos aspectos relevantes del hecho, muchos de los cuales solo pueden individualizarse con referencia a la calificación jurídica. Esto lleva a **la necesidad de reconsiderar la interpretación** del objeto sobre el que debe recaer la congruencia y superar los límites de las posiciones doctrinarias que la han acotado a una versión estrictamente **'fáctica'**, debiendo conceder una interpretación a tono con la razonada por nuestro máximo intérprete constitucional en 'Casal' pues, en rigor, el objeto procesal puede ser definido como un factum derivado de **una correlación entre hecho y derecho** ..." (del voto del Juez Carral, sentencia de fecha 10/2/2011, suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal de LL, mayo de 2011, cita online AR/JUR/152/2011 -el destacado ha sido agregado al original-).-

Reiteradamente, he sostenido en precedentes de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción judicial de Comodoro Rivadavia, y en esta materia tan controvertida como ésta, que uno de los modos de evaluar si la utilización del *iura novit curia* en un caso concreto, es legítima **o no**, está dado por el grado de indeterminación de la acusación en la descripción del hecho; en la forma de una regla progresiva: el principio es tanto más admisible en su aplicación, cuando la descripción del hecho en la acusación es más circunstanciada, y a la inversa. En nuestro caso, concluimos entonces que la ausencia de una debida fundamentación en la acusación fiscal, acerca de la figura del concurso ideal por la que se había optado, incide posteriormente para que ante el mismo deficit de la sentencia condenatoria -falta de motivación acerca del concurso real aplicado-, en definitiva todo ello termine por configurar un supuesto de alteración esencial del hecho procesal, por su imprecisión; y que no puede ser objeto de convalidación en esta instancia recursiva, por resultar en definitiva un "cambio sorpresivo" para los intereses de la defensa.-

Como ha sostenido la CSJN (Fallos, 329:4634, entre otros), hay supuestos donde el cambio de la norma penal, es susceptible de alterar irremediablemente la base fáctica; por lo cual se impone, en nuestro caso, modificar la calificación en función

de la previa adoptada en la acusación -que se mantiene solo en aras de la seguridad jurídica y el respeto del debido proceso legal- disponiendo en consecuencia un reenvío parcial del caso, a los fines de volver a discutir el monto de la pena, conforme con aquella tipificación originaria.-

A mayor abundamiento, hemos adherido siempre a la tesis denominada como "del cambio sorpresivo", entendida de modo genérico, en el sentido que todo aquello que en la sentencia de condena signifique una sorpresa para quien se defiende, como un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir, es decir cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente, lesiona el derecho de defensa; pauta hermenéutica que decide en los casos concretos, qon las siguientes derivaciones: que, para la comparación entre acusación y sentencia, debe, tomarse en cuenta el suceso "acontecimiento histórico" con todas sus modalidades temporales y espaciales, que vienen determinadas por la noción de objeto procesal, ya que lo que, se pretende es asegurar al imputado la posibilidad de defenderse con la plenitud de sus facultades respecto de todo elemento relevante de la imputación, en forma que se excluya cualquier sorpresa.-

Es por todo ello que, en orden a la tipificación en principio a los fines del principio de congruencia, se excluye toda diferencia que se base exclusivamente en una distinta calificación jurídica, aunque excepcionalmente "se prohíben los cambios 'sorpresivos' para la defensa" (cfr. Julián H. Langevin, *Nuevas formulaciones del principio de congruencia: correlación* entre acusación, defensa *y* sentencia, *edito Fabián J.* Di Plácido, Bs. As., año 2'. 007, ps. 85 y s1 s., ,f con cita de Maier, y de la jurisprudencia de la CSJN en el caso "Fariña Duarte", *Fallos,* 327:2790). La misma cita bibliográfica (Maier), también se encuentra en el *artículo titulado:* "Descripción del hecho imputado, congruencia *y* defensa *en* juicio", *de Adrián Federico* Grünberg, publicado en *elDial. com,* en el cual se lee " ...hay que tener como pauta el principio que, inspira la intimación de la acusación, que es el de **asegurar al *imputado la posibilidad de defenderse*** *con la plenitud de sus facultades respecto de* ***todo elemento relevante de la imputación,*** *en forma que* ***se excluya cualquier*** **sorpresa...**

Por su parte, Binder recalca esta imposibilidad de que el cambio de calificación resulte sorpresivo y no haya sido tenida en cuenta en ningún momento del desarrollo del juicio o los debates particulares. Maier llega a la misma conclusión al señalar que la pauta hermenéutica ante los casos problemáticos está dada

por la máxima de la inviolavidad de la defensa. Asi todo aquello que en la sentencia signifique una sorpresa para quien se defiende y no se ha podido expedir (cuestionar y enfrentar probatoriamente) lesiona el principio estudiado. Advierte que una variación brusca de la calificación juridica puede sorprender a la defensa en algunos casos. Que la calificación asignada por la acusación cumple el papel de orientar la actividad defensiva y la variación hecha en la sentencia no puede partir de una interpretación irrazonable en contra del lmputado ..." (el destacado pertenece al original, citado en mi voto de la sentencia n 16/16).-

Más recientemente, encontramos en el trabajo de investigación de la Profesora cuyana Maria Belén Salido, *El iura novit curia* y su *incidencia en el* derecho *de* defensa en juicio *y* en la garantía *de* la *imparcialidad del juzgador* (edit. Bdef, Montevideo- Buenos Aires, a fj. 2016, ps. 299 y ss.) , propuestas diversas de soluciones lesa los casos dudosos y de "dificil abordaje", que pueden presentarse en esta materia, por ejemplo el supuesto de una ft...calificación juridica que omite centralizar aspectos fácticos estimados relevantes por el juez ..."; una de cuyas posibles alternativas, opera cuando el actor, si bien repara en la totalidad de los hechos, no subsume parte de ellos en una norma penal que los contempla ..". La autora estima entonces que el juez no puede oficiosamente enmendar la omisión, esto es, no puede corregir la calificación legal ponderando los hechos no analizados por el actor o dando a los mencionados la trascendencia jurídica omitida por este. El juez no puede hacerlo, porque enfatizaría en ese objeto tramos fácticos que fueron irrelevantes penalmente en la óptica del pretensor ..".

Para concluir que "...resulta evidente que el juez, al corregir la calificación legal, avanza sobre el objeto procesal, modificándolo e incurriendo con ello en parcialidad (desde que caratula en la formación del objeto procesal o en la determinación de sus aspectos trascendentes), y también comprometiendo el derecho de defensa en juicio, desde que el imputado no tuvo necesidad previa de resistencia a ese puntual fragmento del objeto procesal ..". Frente a ello, propone como mejor al ternativa de proceder, por parte del órgano jurisdiccional, que:" ...el juez se atenga estrictamente a los hechos ponderados o seftalados relevantes por el acusador a través de la calificación legal, y en

consecuencia solo se expida sobre los mismos. La razón de esta solución radica en el entendimiento de que el acusador ha determinado un marco procesal a través de los hechos descriptos y valorados y del encuadre jurídico que a los mismos ha asignado, y ese ha sido durante el proceso el blanco de resistencia de la defensa, por lo que es propio afirmar que las facultades del juez se encuentran ceñidas al mismo, y que cualquier desborde de ese límite entrañaría una decisión extra petita...".-

Agregando finalmente que: " El juez no puede ir más allá de lo que el órgano de la acusación le ha instado, aun cuando estimara incompleta la presentación de los hechos que aquel hiciera o inadecuado el marcp normativa que le ha dispensado a los mismos. En todo caso, deberá dejar a salvo su criterio, pero su decisión debe ceftirse al límite fijado por el acusador y conservar estricta sujeción a la materia que constituyó objeto de resistencia para la defensa".-

2) Todo ello también resulta aplicable en orden a la calificación de los restantes hechos, que, el Tribunal colegiado de juicio ha agravado en relación con la acusación fiscal, arts. 92, 105 Y ccs. del CP., elevando de este modo, una vez más -ya lo hizo con el art. 55 CP-, los montos de la escala penal; de manera entonces que este aspecto de la sentencia de condena, también ha de ser modificado en la presente instancia, aunque no haya sido materia de agravios, en razón de estar comprometidos -al igual que en orden a la modalidad del concurso-, tanto el principio material {o sustancial) de legalidad, como los de la defensa en juicio, imparcialidad del juzgador, economía procesal y duración razonable del proceso.-

V. - Sin embargo, sí aparece como inevitable disponer el reenvío parcial -para un nuevo juicio de cesura- a un tribunal unipersonal, teniendo en cuenta el cuántum de sanción penal aplicable, en base al contenido de esta sentencia revisora; y priorízando así el derecho al recurso, por encima de la garantía de la duración razonable del proceso.-

VI. - Por todo lo expuesto, sumo mi voto parcialmente por la afirmativa a la presente cuestión, y adhiero al pronunciamiento propuesto por el colega que vota en primer orden, íntegramente, incluyendo las pautas observadas en la regulación de honorarios e imposición de costas.-

Por todo ello, la Excma. Cámara en lo Penal de la Ciudad de Esquel, Circunscripción Judicial del Noroeste del Chubut, por unanimidad,

RESUELVE:

1) HACER parcialmente lugar a la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa Técnica del imputado.

2) CONFIRMAR parcialmente la sentencia registrada bajo el N° 1305-19, dictada por el Tribunal de Juicio integrado por los Jueces Dr. Jorge Albero Criado y Dr. José Oscar Colabelli y por la Jueza Dra. Fernanda Révori en cuanto declaró autor penalmente responsable al imputado D. R. P. de los delitos de Lesiones Graves (Art. 90 del C. Penal) y Homicidio Simple (Art.79 del C. Penal) ambos cometidos con exceso en la legítima defensa (arts.34 inc. 6to., 35, 94 y 84 del C. Penal), Agresión con toda Arma sin causar herida -dos hechos- (Arts. 104 tercer párrafo del C. Penal) y Lesiones Leves (art. 89 del C. Penal) por los hechos ocurridos el día 8 de octubre de 2017 en la localidad de Corcovado en perjuicio de C. M. R., E. A., J. M. P., R. A. y P. E. T..

3) MODIFICAR el concurso de los delitos por el que el imputado D. R. P. resultó condenado, debiéndose concursar de forma ideal (art. 54 C.P.) los delitos: Lesiones Graves (art. 90), Homicidio Simple (art.79 C.P.)-ambos cometidos con exceso en la legitima defensa- (arts. 34 inc. 6to., 35, 94 y 84 del Código Penal) y agresiones con toda arma sin causar herida - dos hechos- (art. 104 párrafo tercero del C.P.); en concurso real (art. 55 del C.P.) con el delito de Lesiones Leves (art. 89 del CP)

4) REVOCAR los agravantes previstos en los arts. 105 y 92 del C.P., aplicados de oficio por el Tribunal a los delitos de Agresión con toda Arma sin causar herida (art. 104 tercer párrafo del C.P.) y Lesiones Leves (art. 89 del C.P.), en perjuicio de los policías J. M. P. y P. E. T.. (arts. 2, 9, 332 del CPP, 44 I C.Ch.)

5) ORDENAR el reenvío para que otro Tribunal Unipersonal integrado con un Juez distinto al que, ya interviniera en estos actuados reanude la audiencia de cesura de pena que deberá ajustarse a la calificación legal y forma concursal dispuesta en los puntos 3 y 4 del presente fallo (art. 71 B,I) 2) CPP).

6) **REGULAR** los honorarios del Dr. H. H., abogado particular, ejerciendo la defensa de D. R. P., en el 25% de lo regulado en el punto 3) de la Sentencia de primera instancia. (Arts. 5, 6 bis, 7, 9, 44, 45 y cctes. de la ley XIII-N°4 (antes ley 2200), modificada por ley XIII-N° 15; Art. 59, Ley V n° 90 (antes Ley 4920) y arts. 239, sstes. y cctes. del CPPCH.

7) **DEJAR** constancia de que el señor Juez de Cámara Dr. D. Pintos, ha remitido su voto por correo electrónico con firma digital, por ser Juez de Cámara de otra jurisdicción.

8) **REGÍSTRESE**, digitalícese, comuníquese y ténganse por notificadas las partes con la lectura de la presente (Art. 331, párrafo 5° del CPPCH).

9) Vuelva a la Oficina Judicial Penal a sus efectos. (art. 75 del CP)

HERNAN DAL VERME
Juez de Camara

Carina Paola Estefanía
Juez Cámara en lo Penal

OFICINA JUDICIAL PENAL
Registrada bajo el N° 1955
del AÑO 20...19
Conste.-

Darío Martín Zalazar
Prosecretario
Unidad Gestión de Casos
Oficina Judicial Penal Esquel