

SENTENCIA N° 40/2.011. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintisiete días del mes de Septiembre del año dos mil once, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara en lo Criminal Segunda de esta Ciudad, integrada por los Señores Jueces Dres. JOSE V.ANDRADA, HECTOR O. DEDOMINICHI y FLORENCIA M. MARTINI, presididos por el primero de los nombrados, para dictar Sentencia en autos caratulados: “G.R.I s/ Homicidio”, Expte.n° 25-año 2011 (ex causa n° 42.510/2000 del Juzgado de Instrucción Cuatro); debatida en audiencia de los días veintiuno y veintidós del corriente mes y año, en la que intervino por la Acusación el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Rómulo A.PATTI, como parte querellante, la Sra. R.E.B con patrocinio del Dr. Marcelo E. HERTZRIKEN VELASCO y por la Asistencia Técnica, los Sres. Defensores Particulares, Dres. Melina D. POZZER y Ricardo J.MENDAÑA; causa seguida contra **R.I.G.**, sin apodos, hijo de I. y de I.P, argentino, nacido el 11 de Diciembre de 1971 en Ingeniero Huergo (Prov. Rio Negro), soltero, albañil, con instrucción primaria completa, domiciliado en Barrio Almafuerte, Manzana ‘Q’, Lote 11, Calle 5 de Neuquén (Capital), con DNI. n°xxxxxx, Prontuario Provincial n°xxxx “TP” y Nacional n°xxxx; por hecho cometido en esta Ciudad el 11 de diciembre de 2010 en perjuicio de A.A.B Homicidio; hecho que fuera calificado como HOMICIDIO (art.79 del C.Penal).-----Concluida la audiencia pública los señores Jueces pasaron a deliberar en sesión secreta y conforme las normas del art. 363 del código de procedimientos y, habiendo decidido el fallo, dispusieron diferir la lectura hasta el día de la fecha a fin de posibilitar su redacción definitiva. Según el sorteo efectuado los señores Jueces emitieron los siguientes votos:-----El Dr. JOSE V.ANDRADA dijo: R.I.G fue traído a juicio por atribuirse la muerte de A.A.B, ocurrida en el Hospital Regional local el 17 de diciembre de 2010. Según la acusación formulada por el Ministerio Público Fiscal y el querellante particular, ella habría sido consecuencia de la herida punzo cortante que seis días antes le habría causado en la región antero inferior del cuello, al agredirlo con un arma blanca en el domicilio común, sito en el Barrio Toma Almafuerte II, en esta ciudad. Concretamente, el proceso inflamatorio generado a partir de la lesión, habría provocado la ruptura de la vena innominada y el consecuente shock hipovolémico por hemorragia masiva.-----La defensa no cuestionó la ocurrencia de la agresión armada por parte de su asistido, ni la gravedad de la lesión; sí que se haya acreditado la relación causal entre tal acción y el resultado letal, y que haya actuado en la ocasión con intención homicida. Tal propósito fue negado por el acusado al finalizar el debate, única oportunidad en todo el proceso en la que hizo uso de la palabra.-----Efectuada la pertinente deliberación paso a dar mi opinión respecto del modo en que debe ser resuelto el caso.-----La ausencia de cuestionamientos sobre la efectiva ocurrencia de la agresión armada entiendo que exime de mayores consideraciones. Me limito a señalar que el hecho ocurrió en presencia de la querellante R.E.B, madre de la víctima y a la sazón pareja del enjuiciado. En la audiencia se refirió a la mecánica del hecho, que estuvo precedido por una discusión entre el occiso y su agresor. También fue escuchada testimonialmente la vecina M.C, quien afirmó haber escuchado el pedido de ayuda de la madre del agredido, haberlo visto a éste con una herida sangrante en el cuello, y también alejarse al acusado con un cuchillo en la mano. Con la conformidad de las partes fue escuchado el testimonio brindado en la instrucción por M.A.L y E.Q., quienes aportaron datos en igual sentido. También por lectura se introdujo el testimonio del Oficial de Policía P.A.G.S integrante de la patrulla que acudió al lugar y que esa misma noche detuvo al acusado a quien varios vecinos le sindicaron como autor de la agresión. Su actuación está instrumentada en el acta de fs. 1, leída. Al día siguiente se registró el domicilio de la madre del acusado –allí habría buscado refugio-, procediéndose al hallazgo e incautamiento de una remera blanca, con signos visibles de que se la habría intentado quemar, prenda que en el debate reconoció la madre del occiso como aquella que vestía su entonces pareja al momento de la agresión.-----La víctima recibió las primeras atenciones médicas en el Hospital Heller, siendo de inmediato derivado al Hospital Regional, donde ingresó a quirófano. Según el Dr. Sergio Escudero, profesional que llevó adelante la intervención quirúrgica y que fue escuchado en la audiencia, la prioridad fue asegurar la vía aérea pues el paciente tenía frontalmente lesionados tres anillos traqueales. Obra agregada copia de la historia clínica obtenida del Hospital Regional, leída durante el debate.-----La

autopsia fue practicada por la Médica Forense Dra. Alberta Haydee Fariña, quien concluyó que la muerte se produjo por shock hipovolémico por hemorragia masiva externa (ver protocolo de fs. 109/117, leído). Según la misma, el colapso mediato por reacción inflamatoria de la vena innominada habría ocasionado el óbito. Con la conformidad de las partes se dio lectura a la extensa declaración testimonial que explicativamente prestó en la instrucción (conf. fs. 198/200).-----En la audiencia sí fue escuchado testimonialmente el Médico Pablo Aroca, convocado a pedido de la parte querellante quien, habiendo tenido acceso a la historia clínica y las demás constancias médicas recolectadas, concluyó en igual sentido que la profesional que realizó la autopsia.-----

---Entrando ya a lo que considero el aspecto central de la *questio facti* sometida a la decisión de este Tribunal, me apresuro a señalar que coincido en lo esencial con el planteo crítico de la defensa. Ello por cuanto, y sintéticamente, las conclusiones de ambos profesionales médicos no son sino una presunción, grave si se quiere, pero presunción al fin, y por mero descarte. Tengo principalmente en cuenta que, por la razón que fuere, la vena supuestamente colapsada no fue explorada ni siquiera vista por la Médica Forense en la diligencia de autopsia. Me permito agregar que tampoco brindó información cierta sobre el resto de los conductos sanguíneos peri traqueales, habiéndose limitado a extraer el block cardiopulmonar y el complejo laringotraqueal para su estudio anatomo-patológico, práctica que hubiese contribuido a despejar la incógnita, y que si no se realizó no puede ello afectar al acusado. Esto es, llegado el caso a esta instancia final del proceso, no solamente se desconoce qué vena o arteria de aquellas peri traqueales fue la que colapsó, sino además si realmente lo fue por una reacción inflamatoria secundaria, o por otra razón, lo que al parecer no resultaría enteramente descartable. La médica Forense aludió a un supuesto error médico en el abordaje inicial de la herida (conf. protocolo leído), cabe incluso la posibilidad de un daño causado por alguno de los estudios que después se le realizaron a la víctima (conf. historia clínica y dichos del médico Escudero), e incluso el profesional traído por la parte querellante, amén de señalar que las técnicas exploratorias pueden generar inflamación, introdujo en la audiencia una nueva hipótesis, la de que la misma lesión punzo cortante haya lesionado mínimamente la pared posterior de la tráquea y ello haya generado una reacción inflamatoria. Si bien dicho profesional parte de una distinta ubicación de la vena innominada –no estaría delante sino detrás de la tráquea-, y que no existe corroboración clínica de esa supuesta micro lesión traqueal, trátase de una opinión que lejos de aclarar la cuestión acrecienta la duda, en una etapa en la que, como es sabido, se exige certeza.-----Aún admitiendo que en el proceso penal pueda aceptarse, sin conocer el mecanismo preciso de producción del resultado, una causalidad natural de corroborarse una concatenación relevante de sucesos, ello estaría permitido en tanto y en cuanto se hayan descartado otras causa posibles de su producción, lo que no ha sucedido en el caso como quedó visto. Consecuentemente, la hipótesis de las partes acusadoras respecto del resultado muerte, no supera en mi entender un primer nivel de imputación objetiva, lo que imposibilita la reprochabilidad pretendida, entre otras razones por aplicación del principio de auto responsabilidad.-----

Para finalizar el punto señalo que tampoco puede prescindirse, en una consideración global, de que la víctima superó satisfactoriamente la intervención quirúrgica inicial, con una buena evolución posterior hasta su abrupta muerte. Aún aceptándose el proceso inflamatorio como causa mediata de la muerte, quedó dicho en el debate que existieron estudios posibles de realización (contraste) que hubiesen permitir contrarrestar la situación y evitar el resultado, omisión que tampoco puede serle cargada al acusado.-----Consecuentemente considero que sólo cabe responsabilizarlo por la concreta lesión causada, potencialmente letal (entre un 30 y un 36% según la médica Forense), quedando su conducta atrapada por el art. 90 CP. Descarto que pueda procederse por un Homicidio tentado, porque exige el dolo directo, no probado en el caso. La única referencia a la mecánica del hecho fue aportada por la madre del occiso, quien dijo que ella trató de protegerlo con su propio cuerpo, lanzándole el acusado puntazos con el arma por encima de ella. Ningún elemento objetivo desvirtúa que haya actuado en la ocasión con un dolo puramente lesivo –tal fue la admisión del acusado en las postrimerías del debate-, lo que incluso explicaría la particular lesión causada, nunca vista en su actividad profesional por la médica Forense (conf. sus dichos leídos). Las expresiones atribuidas al acusado por la querellante y la testigo C.–que lo iba a matar-, no habrían pasado de meros exabruptos dentro del contexto familiar en que

se produjeron los hechos (argumento de la defensa), amén de que si su propósito hubiese sido realmente homicida, pudo haberlo concretado fuera de la vivienda, con la víctima ya parcialmente menguada.-----Descartada la imputación mayor efectuada por las partes acusadoras, procede adecuar y mensurar la pena aplicable según el delito atribuido, estimada en tres años de prisión por la defensa. Considero que debe superar ese *quantum*. En primer lugar porque, si bien no puede atribuirse directamente la muerte, no puede ignorarse que fue el agente que con su acción desencadenó –por pura intemperancia en mi entender- el proceso que culminó con tal resultado. Además, porque acometió contra el hijo de su pareja -todos convivientes-, lo que supone amén del desprecio por la integridad física del agredido, el desprecio también de un vínculo materno-filial que no podía ni –en mi entender- debía ignorar, lo que torna mayor la injuria. Pero además porque ya causó la muerte de un menor de seis años, delito por el que purgó la pena impuesta por este mismo Tribunal en la causa n° 654/192/94 que corre por cuerda, antecedente que por su especificidad no puede ignorarse pues aumenta el grado de reprochabilidad. Se trata de un delito cometido dentro de los plazos previstos, entre otros, por los arts. 27, tercer párrafo, 50 último párrafo, y 51-2 del CP, y es una de las pautas mensurativas contemplada por el art. 41-2 ídem, por lo que su exclusión por parte del Ministerio Público resulta, cuanto menos, arbitraria. La supuesta falta parcial de control aducida por la defensa, por una ingesta alcohólica, no puede en mi opinión tener el efecto minorizante pretendido. Pudo saltar dos portones de 2 metros cada uno para alejarse del lugar y buscar refugio en lo de su madre, se desprendió eficazmente del arma empleada y trató de destruir por incineración la remera empleada, lo que amén de probar que tenía comprensión del acto y de su criminalidad (conf. informe psiquiátrico de fs. 98/101, leído), desvirtúa incluso la parcial ingesta alcohólica aducida. En función de todo ello, de la edad del acusado, su grado de educación y demás condiciones personales, considero que la pena de cuatro años de prisión resulta justa y adecuada al hecho y a su culpabilidad. Procede además imponerle, por igual término, la inhabilitación absoluta y las demás accesorias previstas por el art. 12 CP.-----Las partes acusadoras no introdujeron en tema reincidencia, y hubo una oposición formal de la defensa para que sea considerado de oficio por este Tribunal. Sin perjuicio de señalar que se trata de una mera constatación de hechos, no constitutiva sino meramente declarativa, y que en todo caso su efecto jurídico podrá tener relevancia en la oportunidad prevista por el art. 13 CP, omito pronunciarme sobre un tema que no ha sido debatido, no completamente pacífico por otra parte pues no ignoro los embates constitucionales de los que viene siendo objeto.-----

-----Debe el acusado cargar con las costas (art. 492 CPrPyC).-----Teniendo en cuenta las respectivas etapas en que comenzaron a intervenir en el proceso, la labor efectivamente cumplida, el resultado del caso y las demás pautas previstas por la ley específica, considero que los honorarios de los letrados defensores, en conjunto, deben ser regulados en la suma equivalente a ciento veinte JUS, y los de los letrados de la querella, también en conjunto, en la de cien JUS.-----

-----Tal es mi voto.-----El Dr. HECTOR O.DEDOMINICHI dijo: Por compartir sus fundamentos y conclusiones, adhiero al voto precedente.-----

-----La Dra. FLORENCIA M.MARTINI dijo: Adhiero en un todo a las consideraciones del magistrado preopinante en lo que respecta a la valoración de la prueba producida, la responsabilidad penal del Sr. G. por el hecho y la calificación legal (lesiones graves, art. 90 CP), como así también en relación a los honorarios fijados a los letrados intervenientes.-----

-----No obstante me aparto respecto de la mensuración de la pena. Ello por cuanto aún cuando valoro como agravante el desprecio del vínculo materno filial de la Sra. B. –pareja de G.- con la víctima y la convivencia preexistente, considero como atenuante el estado de alteración del ánimo en el que se hallaba el acusado al momento del suceso, más allá de los concretos motivos del mismo (sea el previo consumo de alcohol o/y marihuana, o bien el tenor de la discusión previa) en tanto redujo el ámbito de autodeterminación (y libertad) para conducirse conforme a la comprensión de la criminalidad del acto y en este sentido el reproche es menor.-----Por otra parte, si bien es cierto que el motor mecánico causal estuvo constituido por el accionar de G. –acometimiento físico portando un cuchillo de pequeñas dimensiones, conforme a los

dichos de los testigos B. y C.-, lo cierto es que el destino del puntazo (lugar físico de llegada en la humanidad del joven Ariel) resultó aleatorio, teniendo en consideración la intervención de la Sra. B. Asimismo, el hecho de la escasa magnitud de la herida, la que, conforme emerge de la prueba producida, no alcanzaba el centímetro (tal como se concluye de la extensión de los tres anillos traqueales lesionados que miden cada uno entre 2 y 3 milímetros –de la declaración del Dr. E.-), no sólo excluye el dolo homicida, sino que, no descarta absolutamente la hipótesis de un dolo de lesiones leves (dolo de lesiones inespecífico o dolo de ímpetu, tal como lo encuadró la defensa).-----

-----Finalmente, valoro como atenuante el antecedente condenatorio de G., toda vez que pone de manifiesto en el caso concreto, la inhabilidad del sistema penitenciario y el encierro sufrido por el nombrado, para promover la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social (art. 1º, ley 24.660; art. 70 Constitución Provincial)

-----Por lo expuesto, considero ajustado a derecho la pena solicitada por la Defensa, esto es, tres años de prisión efectiva más las costas del proceso

-----En lo que respecta al tema de la reincidencia, aún cuando no ha sido introducido por las partes, considero que la declaración en sí (de reincidencia) no tiene sentido jurídico alguno dado que el art. 50 del Código Penal lo que hace es construir una categoría de sujetos a partir de circunstancias objetivas que deberán comprobarse en el caso concreto. Se trata de una situación de hecho sujeta a comprobación objetiva.-----

-----Ahora bien, no se crea una categoría de sujetos sin consecuencia alguna. En el caso, se trata de generar consecuencias gravosas en el cumplimiento de la pena que se proyectan en las prescripciones de los arts. 14 y 52 del CP..-----

-----La declaración operaría como facilitadora de los fines del art. 52 (multireincidencia), esto es, contabilizar las reincidencias. En tal sentido, habiendo sido declarada inconstitucional la reclusión por tiempo indeterminado del art. 52 CP. por la CSJN (Gramajo, 05/09/06), pierde sentido la declaración de tal condición en la sentencia condenatoria.-----

-----Allí la Corte sostuvo que la reclusión accesoria por tiempo indeterminado constituye una pena y no una medida de seguridad, que desconoce el principio constitucional “nulla poena sine culpa” consagrado en el artículo 18 de la Constitución Nacional, al sustentarse en los antecedentes personales del autor y no en el hecho cometido: “Que la pena de reclusión indeterminada del art. 52 del Código Penal es una clara manifestación de derecho penal de autor, sea que se la llame medida de seguridad o que se respete el digno nombre de pena, sea que se la quiera fundar en la culpabilidad o en la peligrosidad. En cualquier caso, resulta claro que no se está retribuyendo la lesión a un bien jurídico ajeno causada por un acto, sino que en realidad se apunta a encerrar a una persona en una prisión, bajo un régimen carcelario y por un tiempo mucho mayor al que correspondería de acuerdo con la pena establecida para el delito cometido, debido a la forma en que conduce su vida, que el estado decide considerar culpable o peligrosa(...) Que resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo”.-----

-----Más allá de la declaración o no de tal estado (reincidente) se debe indagar la razón de ser de la construcción de esta categoría de sujetos dentro del derecho penal, e interpretarla a partir de los efectos gravosos que a ellos les genera. Se ha intentado justificar su legitimidad en el desprecio del sistema penal que exhibe el reincidente, especie de “imputable” paradigmáticamente “irresocializable”. Ello explica la pérdida de derechos acordados por la ley de ejecución penal en abierta contradicción con el régimen de progresividad impuesto por la naturaleza resocializadora de la pena conforme al mandato constitucional.-----

-----La idea de peligrosidad (posibilidad futura de comisión de nuevos delitos) que lleva ínsita la categoría de reincidente desnuda su ilegitimidad estructural en el marco de un derecho penal de acto gobernado por el principio de legalidad, lesividad, proporcionalidad, reserva, culpabilidad y prohibición de una persecución/punición múltiple.

La reincidencia acarrea, en un fraude de etiquetas, los efectos de una verdadera medida de seguridad impuesta arbitraria e ilegalmente a un imputable, engendrando un “subpenado” en el sentido en que se le retacea el ejercicio integral y efectivo de sus derechos en virtud de la comisión de un delito anterior por el que ya ha cumplido (parcial o totalmente) la pena en la medida del reproche (culpabilidad). Aún cuando se considere tal como lo hizo la Corte, que los efectos de la reincidencia (en el caso del art. 52) no constituyen una medida de seguridad sino el agravamiento de una pena, lo cierto es que, al no hallarse fundado tal agravamiento en el reproche penal por la conducta juzgada (sea cuando impide la concesión de la libertad condicional –art. 14 CP- o cuando impone una reclusión accesoria por tiempo indeterminado –art. 52 CP-), resulta un agravamiento arbitrario e ilegal, y por tanto, inconstitucional, que lesiona también el principio de igualdad ante la ley (de los penados).--

-----Por tanto, aún cuando haya perdido sentido práctico la “declaración” de reincidencia en la sentencia condenatoria, lo cierto es que, la sola construcción que la reincidencia implica, merece tachar de inconstitucional a la norma (art. 50 CP) alcanzando tal inconstitucionalidad a las normas que constituyen su correlato funcional (art. 14 y 52 CP) y en el mismo sentido en el que ya me he pronunciado en relación al art. 14 CP en el Incidente n° 33/10 correspondiente a los autos principales ‘Asef, Omar Andrés y otros s/Robo’ con fecha 19/09/11.Tal es mi voto-----

En consecuencia, de la votación que antecede esta Cámara **RESUELVE: I.- CONDENAR** a **R.I.A.**, de demás circunstancias personales ya indicadas, como autor penalmente responsable del delito de **LESIONES GRAVES (art.90 del C.Penal)**, a la pena de **CUATRO AÑOS DE PRISION e INHABILITACION ABSOLUTA** por igual término y demás accesorias legales previstas por el art.12 del C.Penal, por hecho cometido en esta Ciudad el 11 de Diciembre de 2010 en perjuicio de A.A.B.. Con Costas (art.492 del C.Penal).-----

II.- REGULAR los honorarios profesionales de los Dres. Melina D. POZZER y Ricardo J.MENDAÑA, en conjunto, en la suma equivalente a CIENTO VEINTE (120) JUS y los de los Dres Mónica GALAR y Marcelo E. HERTZRIKEN VELASCO, letrados de la querella, también en conjunto, en la de CIEN (100) JUS.-----

REGISTRESE. Quede notificada por su pública proclamación (art.365 del CPrPyC). Practíquese cómputo de pena y planilla de costas. Cumplida, con sus constancias y previa conformidad del Ministerio Fiscal y el Colegio de Abogados, **ARCHIVESE.**-----

*Dra.Florencia M.Martini
Juez de Cámara*

SALAZG