

En la ciudad de Posadas, Capital de la Provincia de Misiones, a los...diecinueve...días del mes de..Diciembre...año dos mil..dieciséis, se reúnen Ss. Ss. los Señores Ministros del Superior Tribunal de Justicia, **Dres. Cristian Marcelo Benítez, Cristina Irene Leiva, María Laura Niveyro, Jorge Antonio Rojas, Roberto Rubén Uset, Ramona Beatriz Velázquez, Rosanna Pía Venchiarutti, bajo la Presidencia del Dr. Froilán Zarza**, a fin de considerar los autos caratulados: “**EXPTE. N° 367-S.T.J.-2014 – DR. ZAPANA, HUGO DANIEL p/ RUIZ, CARLOS SEBASTIAN s/ RECURSO DE CASACIÓN EN AUTOS: “EXPTE. N° 329/2.014 – ZAPANA, HUGO DANIEL s/ RECURSO DE CASACION EN EXPTE. N° 131/2.014 – CANTALLOPS SIMONETO, DIEGO ARIEL; RUIZ, CARLOS SEBASTIAN s/ HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL”**”.

De acuerdo con el sorteo realizado corresponde votar a los Señores Ministros en el siguiente orden: **1) Dr. Jorge Antonio Rojas, 2) Dra. María Laura Niveyro, 3) Dra. Ramona Beatriz Velázquez, 4) Dr. Froilán Zarza, 5) Dr. Cristian Marcelo Benítez, 6) Dr. Roberto Rubén Uset, 7) Dra. Rosanna Pía Venchiarutti, 8) Dra. Cristina Irene Leiva y 9) Dr. Manuel Augusto Márquez Palacios.**

**Concedida la palabra al Dr. Jorge Antonio**

**Rojas, dijo:**

Habiéndose declarado formalmente admisibles los respectivos recursos de casación impetrados oportunamente por los Dres. Hugo Daniel Zapana, defensor particular de Carlos Sebastián Ruiz; Mónica Olivera y José Luis Rey en representación de Diego Ariel Cantallops Simoneto, contra la Sentencia del Juzgado Correccional y de Menores N° 2, de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Misiones, de

fecha 17 de Octubre de 2014, obrante a fs. 2204/2234 y vta. del principal -Expte. N° 131/2014-, por la cual se condenó a los encartados en autos a la pena de 4 años de Prisión de cumplimiento efectivo, Accesorias Legales y Costas, como autores penalmente responsables del delito de Homicidio en Agresión, ilícito tipificado en el art. 95 del Código Penal; vuelven las presentes actuaciones a consideración, a los fines del dictado de la correspondiente sentencia.

Que, conforme el punto II) de la Resolución 526-STJ-2015, este Alto Cuerpo dispuso la acumulación de los recursos interpuestos por las defensas de los co-imputados contra la misma sentencia, por lo que corresponde en consecuencia realizar el tratamiento de los mismos, y a los efectos de un mejor ordenamiento de la exposición trataré por separado las pretensiones recursivas promovidas.

Es así que, por una parte, el Dr. Zapana en su presentación obrante a fs. 01/20 y vta. de estos autos, alega una violación del principio de congruencia por parte del sentenciante que responsabilizó a los encartados por el delito de Homicidio en Riña conforme la imputación formulada por la Sra. Fiscal de Juicio en su alegato, siendo que durante todo el trámite del debate y de acuerdo al requerimiento de la elevación, la acusación versó sobre la figura del homicidio preterintencional, lo que conlleva a la vulneración de las garantías de defensa en juicio y debido proceso, señalando también la defensa que se ha quebrantado dicho principio al imponer la misma pena a los condenados, habida cuenta que la representante del Ministerio Público Fiscal solicitó distintos montos.

Se agravia además por la valoración que hace el Juez de las fotos de su pupilo Ruiz y de la víctima en su escrito condenatorio al momento de mensurar la pena, las cuales fueran exhibidas por la Sra. Fiscal y por la madre de Iván Mercol en el debate oral, las que no fueron incorporadas al expediente en forma legal, lo que torna nula la sentencia dictada (Art. 420 inc. c) y d) del C.P.P.M.).

Señala el recurrente que correspondía la absolución de su cliente por aplicación del principio *in dubio pro reo* por parte del sentenciante al momento de dictar el fallo, por entender que existen múltiples contradicciones entre las testimoniales rendidas en la causa, haciendo expresa referencias y citas de los párrafos de las mismas, de las cuales no surge el estado de certeza apodíctica que se requiere para sustentar una sentencia de condena, debiendo en caso de duda estarse a lo más favorable al imputado.

Afirma el quejoso que en el fallo existe una violación en la aplicación del derecho sustantivo que emerge del ordinal 75 inc. 22 de la C.N. y del Código Penal, conforme la elección de la figura penal enrostrada a los encausados en la condena, por no encontrarse sus conductas subsumidas dentro de dicho tipo penal.

Invoca el defensor una errónea valoración de la prueba, que deviene en una arbitrariedad manifiesta en la sentencia por falta de fundamentación o fundamentación aparente por hallarse sustentada en testimonios falaces, lo que importa su nulidad por aplicación del art. 420 inciso d) del C.P.P., que sanciona de tal modo la resolución si falta o es

contradictoria la fundamentación, o si no se observaron en ella las reglas de la sana crítica racional, con respecto a elementos probatorios de valor decisivo.

Por último ataca el resolutorio por la supuesta aplicación de la responsabilidad objetiva, lo cual considera produce una afectación manifiesta del principio de inocencia.

Por otro lado, del escrito recursivo articulado por la defensa técnica de Diego Ariel Cantallops Simoneto, ejercida por la Dra. Olivera y el Dr. Rey, glosado a fs. 01/16 y vta. del Expte. 368-STJ-2014 -agregado por cuerda al presente-, se colige que los letrados plantean la nulidad de la acusación fiscal por violación al principio de congruencia, teniendo en consideración que la plataforma fáctica en la que giró el debate conforme el requerimiento de elevación a juicio fue sobre un homicidio preterintencional (art. 81 del Código Penal) y la representante del ministerio público fiscal en su alegato final, solicitó la pena en los términos del art. 95 del mismo ordenamiento legal.

También en ese mismo sentido tildan los recurrentes de nulo al fallo puesto en crisis por violentar el principio supra referenciado, al dictarse sentencia condenatoria por el tipo penal previsto en el art. 95 del C.P., que supone conductas distintas a las que constituyeron el hecho u objeto histórico por el cual se constituyeron los actuados.

Tachan de nula a la sentencia por incumplimiento de lo dispuesto por el art. 420 inc. b) del Código Procesal Penal, Ley XIV

N° 13; fundamentándose en la falta de determinación circunstanciada del hecho que el tribunal estima acreditado.

Arguyen los quejosos una arbitraria valoración de la prueba por parte del sentenciante, realizando un exhaustivo análisis de las posibles hipótesis médicas de cómo se produjo el deceso de la víctima, señalando su disconformidad con el criterio sustentado por el magistrado de juicio.

Afirman los impugnantes la existencia de error en la subsunción legal, lo que trae aparejado la nulidad del decisorio atacado.

Aducen los defensores la nulidad de la sentencia por violación a los principios de la contradicción y *reformatio in pejus*, considerando que se constituye en una condena *extrapetita*.

Asimismo, entienden que el resolutorio es nulo por la falta de fundamentación de la pena.

Así es que en el presente caso debo analizar si se encuentra debidamente fundando si el hecho que se imputa a Ruiz y Cantallops, tuvo lugar tal y como fuera descrito en la sentencia y se encuentra debidamente apoyado en las probanzas del caso. En caso afirmativo, si los mismos encuadran en el tipo penal previsto para el delito y en el carácter que se les endilgó, para finalmente analizar si la pena impuesta es la adecuada.

De la sentencia obrante a fs. 2204/2234 y vta, surge que el Juez de sentencia sostuvo que: “...en el juicio ha quedado su-

*ficientemente probado que, entre las 5.40 y 6.00 hs. de la mañana del día 19 de Marzo del 2006, a raíz de una pelea suscitada entre Carlos Sebastián Ruiz, Diego Ariel Cantallops Simonetto e Iván Andrés Mercol, en el Boliche bailable “Complejo Power”, sito en Avenida Corrientes N° 1908 de Posadas, los encartados Ruiz y Cantallops Simonetto propinan diversos golpes al joven Mercol, quien a raíz de las lesiones sufridas fallece a las 17.30 hs del mismo día (ver acta certificado de defunción a fs. 58). Tengo para mí que son esas las circunstancias de modo tiempo y lugar en que el hecho ha acontecido”.*

En primer lugar he de referirme al agravio planteado por la defensa de Diego Ariel Cantallops Simonetto, que sostiene que en ningún momento en la sentencia se describe cuál es el hecho o conducta que considera acreditada separada y concretamente a cada imputado, sino más bien se la describe en forma genérica.

Veamos, de la lectura de la sentencia que se casa, se desprende que el sentenciante describió correctamente la conducta que tuvo por acreditada, es así que, desde el inicio de la pieza procesal cuestionada, surge que: *“...Que, en su calidad de imputados les ha sido atribuido el siguiente hecho, según la descripción de la plataforma fáctica que realiza la Doctora Adriana M. V. Herbociani, Agente Fiscal de instrucción, en su Requisitoria de Elevación a Juicio de fs. 742/746 y vta.; de donde surge -según lectura en el debate- que el día 19 de marzo del 2006 siendo aproximadamente entre las 5.40 hs. y las 6.00 hs. de la mañana, en el interior del Boliche “Complejo Power”, sito en la Avenida Corrientes N°*

*1908 de la Ciudad de Posadas, en circunstancias en que se encendían las luces del local y que por razones no establecidas se desencadena una pelea entre Carlos Sebastián Ruiz y Diego Ariel Cantallops Simoneto contra Iván Andrés Mercol y que tuvo como trágica consecuencia el fallecimiento de este último según certificados médicos que acreditan las lesiones sufridas por la víctima (fs. 2), certificado de defunción de fs. 58, que acreditan el deceso de IVAN ANDRES MERCOL.*

*Que, asimismo, la autopsia médico legal practicada que concluye que la muerte es vinculante a MUERTE VIOLENTA POR TRAUMATISMO CRANEO CERVICAL CON INJURIA DE LA ARTERIA BASILOVERTEBRAL Y DAÑO NEUROLOGICO GRAVE E IRREVERSIBLE CONSECUENTE, falleciendo a las 17.30 hs.. -según certificado- en el sanatorio Boratti de esta ciudad.*

*Que, según refiere la Sra. Agente Fiscal en el expediente ha quedado acreditado que Diego Cantallops Simoneto y Sebastián Ruiz golpearon al joven Iván, que Sebastián le propinó golpes de puño, mientras que Diego le asestó un golpe con una copa y otro golpe con el dorso de la mano derecha causando a este último agresor, fractura en el metacarpiano derecho de su mano, lo que resulta acreditado según estudios y placas radiográficas incorporadas a las presentes actuaciones (fs. 43).*

*Que, de inmediato la víctima, IVAN MERCOL, es trasladada al Hospital Ramón Madariaga, donde recibió asistencia médica encontrándose en muy grave estado de salud y con compromiso de vida.*

*Que, luego es trasladado al Sanatorio Boratti donde fallece siendo las 17.30 hs. por TRAUMATISMO DE CRANEO GRAVE (historia clínica 51/55 y certificado de defunción fs. 58) (...) Puedo afirmar en grado de certeza que ambos -Cantallops Simonetto y Ruiz- a manera de "punching ball" utilizan la cabeza de IVAN MERCOL, pues no es discutible bajo ningún punto de vista, que ambos imputados eligieron la cabeza como blanco de sus golpes.(...) En este punto, considero oportuno hacer propio los dichos de la Sra. Agente Fiscal de Instrucción, Dra. Herbo-ciani, en tal sentido cuando dice: "Resulta elemental aclarar que la agresión propinada por ambos en forma conjunta, coloca en un estado de indefensión a la víctima, y que en el caso particular, resultó determinante en el lamentable desenlace".(...) Ruiz y Cantallops Simonetto dijeron nosotros le pegamos, no quedándome duda que esos golpes fueron la causa de la muerte. Los actores civiles produjeron pruebas, sugirieron sospecha y hasta sugirieron profundizar el motivo de la muerte." (ver sentencia fs. 2204/2234 y vta).*

El contenido de éste último párrafo, me exime de efectuar mayores consideraciones sobre la nulidad que se pretende, ya que como se puede advertir, tanto la representante del Ministerio Público como el juez de sentencia precisaron los hechos claramente teniendo en cuenta lo confuso de la situación y la multiplicidad de versiones dadas por los testigos.

En este orden de ideas es la defensa técnica de Ruiz la que más profundiza en sus cuestionamientos acerca de la mecánica

de los hechos propiamente dicha, volviendo una y otra vez sobre la hipótesis del “patovica fantasma” y su posible incidencia en el desenlace fatal.

Lo cierto es que luego de un exhaustivo análisis de las actas de debate y de las piezas procesales incorporadas a la causa durante la etapa instructoria -a la que injustamente se tacha de deficiente- se aprecia con toda claridad y -sin perjuicio de la presencia de pequeños matices- que el día 19 de marzo del 2006, minutos antes de las 6 am, en el interior de la discoteca Complejo Power sito en la Avda. Corrientes N°1908 de la Ciudad de Posadas, más precisamente en el túnel que comunicaba la pista principal con el hall de entrada, se produjo un altercado entre los imputados -Sebastián Ruiz y Diego Cantallops Simoneto- y la víctima -Iván Mercol- durante el cual los primeros golpearon a la víctima, uno de ellos atacándolo de frente (Ruiz) y el otro por detrás (Cantallops Simoneto).

Lo relevante es que estos golpes dejaron a la víctima en un estado de cuasi inconsciencia y que la misma fue auxiliada por personal de seguridad del local bailable, que paró la pelea, la ubicó en un rincón y se ocupó de la misma hasta la llegada del servicio de emergencia.

Es verdad que las características de la lesión mortal -trauma rotacional cervical que lesiona la arteria bacilovertebral causando un daño neurológico grave e irreversible- pareciera causada por una rotación violenta de cuello aprisionado por el antebrazo, lo que reforzó la primer hipótesis de que el verdadero causante de la muerte habría sido un miembro del cuerpo de seguridad del local al tratar a la víctima con rudeza

cuando ésta se encontraba en un estado de atontamiento causado por la golpiza recibida. Sobre esta hipótesis fáctica el Dr. Hugo Zapana construye buena parte de su planteo haciendo hincapié en las contradicciones del testimonio de Gregorio "Fredy" Espinoza al ser confrontado por el recurrente durante la sustanciación del debate oral; pero en honor a la verdad estas contradicciones son mínimas y su importancia ha sido evidentemente exagerada por el quejoso, pues de la lectura integral del plexo probatorio surge que Mercol fue tomado por debajo de las axilas y arrastrado hacia un rincón ubicado muy cerca de donde la pelea tuvo lugar.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, lo sostenido por el Dr. Zapana ha sido investigado hasta el hartazgo en las diferentes etapas procesales, pues del contenido del expediente surge que el propio juez de instrucción orientó gran parte de la investigación en esa dirección hasta agotarla. No habiéndose incorporado a la causa un solo elemento de prueba en concreto que indique que la víctima fue maltratada por alguna persona distinta de los imputados.

A estas alturas, está claro que lo que ocurrió esa madrugada fue que dos jóvenes agredieron a un tercero y que trágicamente, ya sea por la ingesta de alcohol o por el ángulo en que los golpes fueron propinados, -o una combinación de ambas-, lo que podría haber sido un incidente menor, se cobró la vida del joven Iván Mercol y que los únicos responsables de ello han sido los condenados, quienes desde las primeras declaraciones indagatorias han asumido su responsabilidad en el hecho.

Todas las demás hipótesis traídas a colación, -ya sea por los investigadores o por las defensas- no han encontrado sustento probatorio alguno.

Me viene a la mente el principio de parsimonia o “navaja de Ockham” que establece que si un fenómeno puede explicarse sin suponer entidad hipotética alguna, no hay motivo para suponerla. Es decir, siempre debe optarse por una explicación en términos del menor número posible de causas, factores o variables. El caso traído a estudio es claramente una situación donde este principio debe ser aplicado.

No hay la causa ni “cursos causales salvadores” que hayan sido interrumpidos, como pretende la defensa de Ruiz ni actividad de terceros que contribuye al desenlace por todos conocido.

La víctima fue golpeada por los imputados, estos golpes produjeron la torsión del cuello que a la postre causó la muerte y la actividad de los galenos no fue incapaz de impedirlo. No hay más que eso.

Los hechos descriptos son contestes con el material probatorio obrante en autos que fue minuciosamente analizado por el órgano de sentencia. Entre ellos podemos citar las declaraciones indagatorias prestadas por ambos imputados -Carlos Sebastián Ruiz (fs. 100/103) y Diego Ariel Cantallops Simoneto (fs. 97/99) durante la etapa instructoria-, los sendos informes periciales incorporados, en particular los médicos y sus testimonios; los relatos de los testigos, a quienes si bien a varios de ellos les comprenden las generales, fueron creíbles y auténticos por haberlo presenciado.

Como surge de la pieza procesal que se cuestiona, el juez de sentencia forma su convicción valiéndose del siguiente plexo probatorio, a saber: Acta certificado de defunción de fs. 58; informe de autopsia de fs. 194/200; declaraciones indagatorias de fs. 97/99 y 100/103; notificaciones de fs. 37 y 42; los testimonios de los galenos Lojewaki, Palacios, Galupo, Faraudo, Kotch y Viana y del radiólogo Adrián Luca con sus respectivos informes; los relatos brindados por Marisa Bueno, la Oficial Zuk, Walter Cantero, Angel Ramón Villalba, entre otros.

Los hechos así descriptos, satisfacen suficientemente las exigencias del art. 415 del Código Procesal Penal, en cuanto a la determinación precisa y circunstanciada del hecho que el juez de sentencia estima acreditado, pues los elementos probatorios fueron considerados en su conjunto y no aisladamente, y el resultado final se construyó a partir de una visión integradora, con una adecuada correlación de los testimonios de los imputados, de los médicos, de los testigos presenciales y de los datos periciales.

Por lo expuesto, y de las probanzas citadas que se compadecen con las producidas durante los 13 días en que se celebró la audiencia de debate, -que se traducen en más de tres cuerpos de expedientes labrados al efecto-, surge acabadamente que el hecho ocurrió en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron descriptas, dando cumplimiento de este modo con la manda legal contemplada por el art. 415 y cctes. del C.P.P.

El magistrado de sentencia ha meritado la prueba que estimó idónea para dilucidar la cuestión litigiosa a la luz de las reglas de la sana crítica, que no son más que preceptos de sentido común -integrados con los principios de la lógica racional y con las máximas de la experiencia- que los jueces deben respetar para evitar que sus conclusiones resulten antojadizas y arbitrarias, y del fallo recurrido no se avizora la vulneración de los preceptos constitucionales y legales que rigen el proceso, encontrando en las conclusiones emitidas por el sentenciante, fundamentos serios y atendibles, siendo fruto de un razonamiento coherente que las justifican.

Habiéndose establecido la plataforma fáctica que a esta altura ya resulta inalterable, y acreditados que fueran los hechos con el material probatorio obrante en autos, y tal como han sido planteados los argumentos de las partes, teniendo en cuenta la doctrina del máximo rendimiento en materia de revisión, que expresa la Suprema Corte de Justicia de la Nación a partir de su más emblemático precedente (el fallo dictado en "Casal"), corresponde determinar jurídicamente si el tipo penal aplicado se corresponde con los hechos y establecer asimismo si las discrepancias entre la calificación legal sostenida durante todo el transcurso del proceso hasta el momento de los alegatos con la finalmente endilgada por la fiscal y abrazada por la sentencia, tienen algún efecto sobre la validez del acto jurisdiccional.

En primer término quisiera analizar brevemente la cuestión de la legítima defensa de un tercero traída a colación por los

defensores de Cantallops Simoneto, pues entiendo que este planteo no ha sido abordado en detalle por el *a quo*.

Lo cierto es que la ilegitimidad de la agresión, que los defensores entienden irrelevante a la hora de la aplicación de la causa de justificación mencionada, no resulta ser la verdadera causal por la cual el instituto fue descartado, puesto que lo que realmente importa, -y esto ha sido manifestado anteriormente por el juez de instrucción a la hora de resolver sobre un planteo similar (ver. Auto de elevación a juicio de fs. 785/791)- es que no se ha verificado el segundo presupuesto que la legítima defensa exige, es decir la necesidad racional del medio empleado.

Aún admitiendo que Cantallops Simoneto hubiera pensado que su amigo estaba siendo atacado -hipótesis de legítima defensa putativa- lo correcto hubiera sido intentar separarlos, agarrar a Mercol o alguna actitud similar, máxime teniendo en cuenta que el mismo se aproximó por detrás de la víctima; sin embargo, la opción elegida fue golpearlo con un objeto de vidrio y luego propinarle un golpe con tanta fuerza que se fracturó su propia mano. Claramente no ha sido un caso de defensa sino más bien una malentendida solidaridad entre amigos donde al ver a Ruiz peleando, decidió participar de la gresca agrediendo al ocasional enemigo de su amigo.

Queda la cuestión de determinar si es correcta la subsunción típica efectuada por el *aquo*.

En este orden de ideas, las únicas dos alternativas que aparecen como posibles son, por un lado el homicidio en agresión

previsto y penado por el art. 95 C.P.A. que ha sido la opción tomada por el juez de sentencia, o bien, el homicidio preterintencional del art. 81.b) del mismo cuerpo legal que fue la hipótesis del requerimiento de elevación a juicio.

Lo cierto es que la lesión que causa el óbito ha sido de unas características tales que no solo ha alimentado la hipótesis del “patovica fantasma” -ya descartada- sino que además ha puesto a los médicos legistas que participaron en la causa en la situación de proponer al menos dos hipótesis acerca de cómo la lesión fue causada; no pudiéndose determinar ni la secuencia exacta de los golpes, ni cuál de ellos fue el que causa la torsión cervical; ni cuál de los agresores ha propinado el golpe mortal.

No existiendo una coautoría por división de funciones, toda vez que cada uno de ellos intervino en la agresión de forma independiente, no resulta posible determinar quién es autor de homicidio y quién es autor de lesiones, con lo cual considero que ésta ha sido la razón –pese a que no lo expresa explícitamente- que ha llevado a la fiscal primero, y al juez después, a diferir de la alternativa instructoria.

En este sentido creo que el *aquo* ha elegido la opción correcta.

Efectivamente, en su tratamiento del homicidio en agresión el juez de sentencia explica claramente y con mucho fundamento el porqué de la subsunción típica efectuada; no es un caso de responsabilidad objetiva o *versare in re illicita* -como pretende disfrazarlo la

defensa-, sino que la respuesta viene dada por la teoría del riesgo o imputación objetiva.

Aunque el Dr. Jiménez no lo diga expresamente, la responsabilidad por el hecho de Ruiz y Cantallops Simoneto encuentra su fundamento en la creación de un riesgo no permitido, un riesgo que finalmente produce el desenlace fatal. Es correcto el análisis que hace el *aquo* al tratar a la figura como un delito de peligro donde el resultado aparece como una condición objetiva de punibilidad.

Los encartados han decidido libremente agredir a un tercero, en esa decisión estaba implícito el riesgo de que la víctima sufriera lesiones o la muerte, que es lo que finalmente ocurrió. Por eso son penalmente responsables. La consecuencia es inmediata, perfectamente representable, la responsabilidad no es objetiva, es subjetiva. La solución es correcta.

La construcción del juez ni siquiera tiene que recurrir a la ficción de autoría que clásicamente caracterizaba a la figura penal en cuestión, sino que, al tratarla desde el punto de vista de la teoría del riesgo y de la creación de un peligro no permitido, encuentra una solución justa que no debe recurrir a artificios extraños para encontrar los responsables de un resultado concreto.

En lo demás, y en lo que hace al debate de cuántos deben ser los partícipes de la agresión, debo destacar que tradicionalmente se ha definido que existe riña cuando son más de dos personas contra dos o más agredándose mutuamente; y existe agresión cuando

dos o más agreden a uno solo que no tiene posibilidad de agredir a nadie sino solamente de atinar a defenderse. Tiene dicho la jurisprudencia que: *“La figura contemplada por el artículo 95 del Código Penal, también prevé “la agresión”, es decir el acometimiento de varios contra otro u otros que se limita a defenderse pasivamente. Más aún, la característica distintiva de la figura, y sobre la cual debe focalizarse el asunto (plenamente configurado) es que la riña, como la agresión -también comprendida por el artículo-, sigue la teoría de la “incertidumbre sobre el autor”; de modo que el elemento negativo de no constancia de autoría funciona como una regla de subsidiariedad expresa”* (Corte de Justicia de San Juan, Sentencia del 10 de Septiembre de 2012, PASTRAN Posse Luis Dante, Ocampo Ariel Ricardo, Córdoba Sergio Andrés, Illanes Gastón Alejandro e Illanes Ricardo Gustavo s/ por robo simple y homicidio simple en perjuicio de Nelson Silva - Casación. Id SAIJ: SU50008368).

Efectuada que fuera esta diferenciación, y puntualizados que fueran los hechos en la sentencia, debo concluir que una vez más considero acertada la valoración efectuada por el *aquo* sobre esta cuestión, al achacar a los imputados agresión y no riña, cuestión que me permite descartar sin más la discusión que las defensas pretenden generar al respecto.

Queda ahora por determinar si esta subsunción típica, al resultar novedad con relación a la calificación jurídica efectuada al realizar el requerimiento de elevación a juicio y demás actos instructorios,

ha lesionado en modo alguno el derecho de defensa causando la nulidad de lo resuelto.

Entiendo que no, por las razones que pasare a exponer.

El propio Código Procesal Penal de la Provincia en su art. 417, autoriza al tribunal de sentencia a dar al hecho una calificación jurídica distinta a la del auto de elevación a juicio o al requerimiento fiscal, haciéndose la salvedad que si resulta del debate que el hecho es diverso del enunciado en la acusación, el tribunal debe disponer la remisión del proceso al agente fiscal.

En la especie esto último no ha ocurrido; el hecho por el que Ruiz y Cantallops Simoneto fueron juzgados es exactamente el mismo que aquél por el que fueron indagados, procesados, requeridos a juicio y acusados; es decir, haber golpeado a Iván Mercol causándole la muerte. Ni siquiera los pormenores han variado. Basta con leer las primeras indagatorias o el auto de procesamiento y contrastarlos con la sentencia para percibir que el hecho es el mismo. De modo tal que mal puede sostenerse que la defensa haya sido perjudicada por un giro copernicano del juez, como sostienen los quejosos. Todo lo contrario. Lo único que ha hecho el *aquo* ha sido, tras la acusación fiscal, efectuar el correcto encuadre jurídico de la conducta desplegada por los imputados, facultad que le es inherente, incluso diría definitoria de su rol.

Si el juez que sentencia no puede calificar jurídicamente, ¿quién puede?. No es una violación del derecho de defensa, el

juez no puede estar atado por los actos instructorios o el requerimiento fiscal porque por eso es juez, por eso dice el derecho, es su característica definitoria.

En síntesis, entiendo que el principio de congruencia no ha sido vulnerado y que la fundamentación de la sentencia no solo es real, sino que es sólida y un buen ejemplo del ejercicio de la sana crítica racional en la parte que ha sido analizada.

Queda entonces por responder las quejas referentes a la aplicación de la pena dictada por el sentenciante, cuestión que ha sido recurrida por la defensa técnica de Diego Cantallops Simoneto.

En este sentido los letrados arguyen que la sentencia carece de toda fundamentación a la hora de justificar la pena aplicada, incurriendo por ello en arbitrariedad. Señalan que los argumentos brindados no pasan de meros formulismos donde no se hace una mínima referencia a lo alegado por las partes.

En lo que a esta cuestión respecta, adelantaré desde ya que entiendo que asiste razón a los quejosos.

Es así que al respecto, el juez de sentencia sostuvo que: *“Consecuentemente con todo lo expuesto, remarco que para arribar al monto citado tuve en cuenta las circunstancias del caso, ya analizadas supra, la naturaleza y medios empleados para llevar adelante el acto de agresión que concluyera en fatal desenlace, según se encuentra probado en su consumación; la contribución confluyente, espontánea, autónoma y libre que cada uno de los imputados ha aportado al hecho y que surge*

*palmariamente de las probanzas de autos e incluso de sus propias indagatorias prestadas en sede instructoria y que fueran oportuna y formalmente introducidas al debate.*

*No puedo dejar de considerar asimismo, la edad de los imputados al momento del hecho, pero tengo también presente la diferencia corporal entre víctima y victimarios. Sólo me basta recordar que Iván Mercol tenía 63 kg. Del mismo modo tengo para mí, que como resultado de las conductas violentas confluyentes hacia el desenlace fatal desplegadas en su acto de agresión, insisto, espontánea, autónoma y libremente decidido por cada uno de ellos, y cuya consecuencia mortal debieron prever como posible con un mínimo ejercicio del sentido común que les resultaba exigible; unos, los agresores, en cumplimiento de lo aquí dispuesto, recuperarán su libertad en algún momento. Otro, la víctima, ha perdido su vida, de más está decirlo, para siempre.*

*He tenido presente y ponderado asimismo, a modo de atenuante, el hecho que ninguno de los enjuiciados cuenta con antecedentes, poseen familia y han evidenciado tener un marco de contención relevante. Asimismo, se tuvieron presentes las circunstancias y modo de vida de cada uno, y el desarrollo social y profesional alcanzado con posterioridad al hecho. Consecuentemente con todo ello, la pena no resulta la máxima prevista en la escala del tipo” (ver fs. 2228 y vta.).*

Efectivamente la sentencia desarrolla mínimamente las pautas mensuradoras establecidas por los arts. 40 y 41 del C.P.A., se limita a citarlas y a expresar que las ha tenido en cuenta. Pero

argumenta acerca de la exigencia constitucional de la adopción del derecho penal de acto por oposición al derecho penal de autor para concluir que la reacción penal retributiva no puede proyectarse a aspectos que trasciendan al hecho sancionado, obviando de este modo analizar los antecedentes y demás condiciones personales de los imputados que -considero-, en este caso particular, adquieren una especial relevancia.

Sin perjuicio de reiterar la cita de la parte pertinente de la sentencia, se advierte la arbitrariedad de este aspecto de la sentencia cuando al momento de fundamentar la pena el *aquo* sostiene que: *"...No puedo dejar de considerar asimismo, la edad de los imputados al momento del hecho, pero tengo también presente la diferencia corporal entre víctima y victimarios. Solo me basta recordar que Ivan Mercol tenía 63 kg. Del mismo modo tengo para mí, que como resultado de las conductas violentas confluyentes hacia el desenlace fatal desplegadas en su acto de agresión, insisto, espontánea, autónoma y libremente decidido por cada uno de ellos, y cuya consecuencia mortal debieron prever como posible con un mínimo ejercicio de sentido común que les resultaba exigibles; unos, los agresores, en cumplimiento de lo aquí dispuesto, recuperaran su libertad en algún momento. Otro, la víctima, ha perdido su vida, demás está decirlo, para siempre"* (ver fs. 2228 vta).

Como podemos apreciar, este párrafo que –insisto-, forma parte de la fundamentación de la pena, solapadamente refiere al resultado del hecho como incidente en el contenido de injusto de la conducta desplegada y por ende lo hace relevante en el monto de la pena a

aplicar lo que claramente constituye un caso de violación del principio del *non bis in idem*, puesto que se vuelve a castigar a los imputados por el resultado muerte que ya ha sido tenido en cuenta como condición objetiva de punibilidad al realizar la subsunción típica, tornándose su fundamentación en aparente.

Ello sin siquiera tener en cuenta que la supuesta diferencia física entre víctimas y agresores a la que incansablemente se hace referencia no ha sido comprobada más que con unas fotografías que nunca han sido incorporadas al proceso y que no obstante lo cual la propia sentencia hace referencia a las mismas al momento de contrastar este desarrollo físico, y cito: *“...y en este sentido debo referirme a las fotografías exhibidas oportunamente por la madre de la víctima como testigo, y por la Sra. Fiscal en su alegato acusatorio, donde denotaba el importante desarrollo físico y muscular de Ruiz en contraste con el de Mercol, y que a criterio de la defensa de Ruiz lesiona gravemente el derecho de defensa y solicita que no se consideren al momento de dictar sentencia. Debo decir que esas fotos cuya devolución ordené, ingresaron al conocimiento y a la retina de este juzgador de la mano de la madre de Iván Mercol y del alegato fiscal, no intempestivamente y dolorosa y legítimamente, y más allá de su devolución, tendrán un lugar en mi decisión en el marco de la sana crítica racional y también respecto de las pautas mensuradoras del art. 40 y 41 del CPA.”* (ver fs. 2223).

Confrontando el párrafo precitado con las actas de debate -fs. 2128- es posible advertir que luego de ser exhibidas esas

fotos al juez por parte de la madre de la víctima, el Dr. Hugo Zapana interrogó al magistrado acerca de si las mismas habían sido incorporadas al proceso en legal forma a lo que el Dr. Jiménez contestó que no, que habían sido devueltas (ver fs. 2128). Atento a ello, entiendo que la referencia a las contexturas físicas y a las fotografías efectuadas en la sentencia, en particular en cuanto a la mensuración de la pena, torna a la misma nula en lo que a ello respecta.

Que si bien la nulidad de la pena solo ha sido requerida por la defensa técnica de Cantallops Simoneto, por aplicación del efecto extensivo previsto por el art. 464 CPP, tratándose de un instituto de orden procesal, la receptación de esta nulidad requerida por la defensa de Cantallops Simoneto, beneficia a su co-imputado Ruiz, en tanto y en cuanto la aparente fundamentación de la pena en la sentencia los afecta a ambos.

Considero necesario aclarar que esta cuestión de las fotografías tiene un efecto acotado a los montos de la pena toda vez que la eventual diferencia física entre Ruiz y Mercol no ha tenido relevancia a la hora de efectuar la subsunción típica, sino que únicamente ha sido considerada al momento de aplicar la escala punitiva.

Que en ese entendimiento, conforme las atribuciones dispuestas en el art. 484 del C.P.P., entiendo corresponde resolver Sin Reenvío, asumiendo competencia positiva en la presente causa, en virtud de lo dispuesto por el art. 484 y cctes. del C.P.P. por errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Ello, teniendo presente el tiempo transcurrido desde la comisión del ilícito a la fecha donde se aprecia que ha pasado más de una década, y a efectos de evitar un dispendio jurisdiccional y una mayor dilación en el presente expediente.

Así, estando confirmada la materialidad histórica del hecho, la calificación jurídica y la autoría de los imputados, resta únicamente fijar pena.

En este sentido, la norma de fondo establece en sus arts. 40 y 41 las pautas mensuradoras a evaluar al momento de la imposición de una pena; es decir, las circunstancias atenuantes o agravantes que permitirán determinar o individualizar la pena dentro de la escala penal aplicable al caso; debiéndose aclarar en esta instancia que a los condenados ya se les ha tomado conocimiento de visu en las presentes actuaciones.

En ese orden de ideas, cabe tener presente que el delito imputado a los condenados, el Homicidio en Agresión previsto por el art. 95 del C.P., prevé una pena de 2 a 6 años de prisión; y, que en la audiencia de Debate Oral y Público, al momento de los alegatos, el Ministerio Público Fiscal solicitó la pena de 6 años de prisión efectiva para Carlos Sebastián Ruiz, y 2 años de Prisión efectiva para Diego Ariel Cantallops Simoneto.

Expuesto ello, daré inicio a esta cuestión analizando las pautas establecidas por los arts. 40 y 41 del C.P.A., en relación directa con las presentes actuaciones.

En principio, cabe reiterar -en relación a la naturaleza de la acción, los medios empleados para ejecutarla, la extensión del daño y del peligro causado-, que no pueden ser tomadas aquellas circunstancias que refieran al tipo penal, utilizadas para calificar el disvalor de la conducta, a efectos de no violentar el principio *non bis in idem*.

En referencia a la naturaleza de la acción y medios empleados, entiendo que los golpes propinados de frente y de puño por Sebastián Ruiz no implican un disvalor de mayor gravedad; en cambio el golpe de espalda y/o con una copa por parte de Diego Cantalops sí implican un agravante de la conducta.

Por otra parte, la extensión del daño y del peligro causado, no pueden ser tomados como un agravante de las conductas llevadas a cabo por los condenados, esto en razón de no acreditarse en las presentes actuaciones elementos que impliquen un mayor contenido del injusto, que -sin perjuicio de ser una conducta reprochable-, ya ha sido subsumida en el tipo penal.

En lo que respecta a la educación, costumbres y conductas precedentes de los imputados, entendidas como el grado de autodeterminación al momento del hecho, se configura -a mi modo de ver-, una causal de atenuación del injusto dada su relación directa con la edad de los condenados y las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho.

Asimismo, la edad de los condenados al momento de cometer el ilícito, por si sola, configura una atenuante de la con-

ducta, como indicadora del grado de madurez de la persona y del asentamiento de ciertas características de su personalidad.

Además, entiendo que los motivos que determinaron a delinquir a los sujetos no pueden ser tomados como agravantes, atento al carácter impulsivo con el cual fueron cometidos (en el marco de una discusión de adolescentes en estado de ebriedad, que terminara con tan lamentable desenlace).

Ahora bien, refiriéndome a la participación que les cupo en el hecho, entiendo que en autos esta cuestión fue subsumida en la autoría que se les endilgó en el hecho, no pudiéndose configurar agravante o atenuante alguna en base a la extensión del aporte efectuado o compromiso demostrado con la realización del hecho.

Debe destacarse también, en relación a la reincidencia y demás antecedentes, que la condición de delincuentes primarios, reviste calidad de atenuante.

Por otra parte, en referencia a las circunstancias de tiempo, modo y ocasión que demuestren mayor o menor peligrosidad, la comisión del hecho en un lugar público a la vista de todos, incluyendo amigos de la víctima y seguridad del local bailable, implica una atenuante en las presentes actuaciones.

Las condiciones personales de los condenados, también deben ser tenidas en cuenta para graduar la sanción adecuada y establecer una pena justa en términos de proporcionalidad, destacando en

este sentido que en los supuestos de penas privativas de la libertad juega un rol importante la expectativa de vida.

En ese orden, las condiciones personales referidas que interesan desde el punto de vista de la mensura de la pena, son aquéllas que existen al momento de la comisión del hecho, y desde un ángulo de interés preventivo, las que se extienden hasta el momento de la sentencia.

En este sentido se aprecia en el caso, que conforme surge de las constancias de autos, los condenados son personas de trabajo -Ruiz como médico en la localidad de Comandante Andresito y Cantallops como empleado de la Entidad Binacional Yacyreta-, y que ambos son padres y han formado familia. Asimismo no debe perderse de vista su comportamiento en relación a la tramitación de la presente causa judicial, a la que se encuentran sujetos hace ya varios años.

Por lo expuesto precedentemente y en base a las consideraciones que he realizado, existiendo pluralidad de causas importantes de atenuación del delito cometido, entiendo corresponde aplicar la Pena de Tres Años de Prisión a cada uno de los condenados.

Sentado lo señalado, cabe ahora, en base a la pena que propongo, determinar el modo de ejecución de la misma.

En este entendimiento, y por el monto de la pena que propongo -3 años- el modo de cumplimiento puede ser efectivo o condicional, adelantando que, sin perjuicio de la responsabilidad de Carlos Sebastián Ruiz y Diego Ariel Cantallops Simoneto en la muerte de Iván

Mercol, entiendo, dadas las particularidades del caso y de los imputados, conforme los elementos del caso en estudio, me inclinaré por la segunda de ellas, por las razones que a continuación expondré.

Cabe recordar que el art. 18 de nuestra Constitución Nacional manda que *“Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas”*.

Por su parte, el art. 10, numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 5, numeral 6 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, el art. 58 de la Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, establecen la finalidad readaptadora de la pena.

De los preceptos reseñados surge evidente que el plexo normativo consagra la finalidad resocializadora o reeducativa de la pena, prescindiendo expresamente de la finalidad retributiva.

En la actualidad existen muchas críticas en las penas cortas privativas de libertad, las que por su escasa duración no posibilitan la realización de ningún tipo de tratamiento resocializador. En estos casos, el ingreso del condenado al sistema carcelario termina implicando su desocialización, además de la pérdida de trabajo que éste tuviera y del alejamiento de las relaciones familiares y sociales.

Manifiesta la Jurisprudencia, que: *“De clara fundamentación en la tesis de la prevención especial de la pena (Roxin, pp. 83 y ss), su ejecución condicional procura evitar una innecesaria estigmatiza-*

*ción de la persona del condenado a la vez que dicho instituto se halla atravesado por el principio de humanidad de la pena. El fundamento de este beneficio se basa en las graves consecuencias que importa para el penado el cumplimiento de una pena de corta duración” (Moreno (h), pp. 122 y ss; Mir Puig, pp. 48 y ss, Righi/Fernandez, p. 487; 579.XXXIX. REX, “Squilario, A”, de 8/8/06, Fallos, 329:3006, LL, 2006-F-497; O. 462.XLI. RH, “Oyarse, GM y otros” de 26/6/07, Fallos 330:2836; XLIV, REX “García JM” de 4/5/10, Fallos 333:584; CNCP Sala I, “Vione, JL” de 14/11/02; Sala III “Rodríguez N, de 12/06/02 TOC n° 29 “Tejerina Ustarez, L”, de 21/9/15). GUSTAVO EDUARDO ABOSO. Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado. Con jurisprudencia. Pag.97.*

Así también se ha señalado que: *“Puede ocurrir que las condiciones personales del penado conduzcan a la conclusión de la falta de necesidad de la pena, por ejemplo, cuando el proceso penal haya demandado muchos años en su sustanciación y las condiciones de vida del condenado han dado un vuelco tan importante que la imposición de una pena de cumplimiento efectivo se muestra como innecesaria, incluso contraproducente” (CSJN “Viñas. L.A. de 13-08-92, Fallos 315:1658).*

En este orden de ideas, la pena debe cumplir una función esencialmente resocializadora, y por tanto, también debe analizarse la vinculación que existe entre el momento de la comisión del ilícito y aquél en el que la pena se aplique efectivamente.

No logrará obtenerse la finalidad de la pena, cuando los imputados, que se encuentran adaptados a la vida en sociedad, son llamados a cumplir la pena de cumplimiento efectivo.

En este sentido, el encarcelamiento implicará un resultado inverso, al sacar de la sociedad a una persona reinsertada pacíficamente a la misma, para sumergirla en el mundo carcelario, con las consecuencias laborales y sobre todo familiares que esto acarrea.

Es el art. 26 del C.P. el cual establece que en los casos de primera condena que no exceda de tres años será facultad de los tribunales disponer en el mismo pronunciamiento que se deje en suspenso el cumplimiento de la pena. Así, el Código Penal prevé, según modernas doctrinas penológicas, la posibilidad de que la ejecución de una primera pena permanezca en suspenso.

La decisión fundada de dejar en suspenso el cumplimiento de la pena, debe basarse en la personalidad moral del condenado, su actitud posterior al delito, los motivos que lo impulsaron a delinquir, la naturaleza del hecho y las demás circunstancias que demuestren la inconveniencia de aplicar efectivamente la privación de la libertad.

Ahora bien, éstas son las razones que me llevan a considerar que en el *sub lite* las condiciones objetivas establecidas por el Código Penal para disponer se deje en suspenso el cumplimiento de la pena, esto es, primera condena, pena de prisión y *quantum* de la pena, se encuentran acreditados en relación a ambos condenados.

En este entendimiento, algunas de las condiciones subjetivas, tienen directa vinculación con las cuestiones que ya fueron tratadas al momento de merituar la pena a imponer.

En relación a la personalidad moral de los encartados, su condición de ocasionales autores delictivos, implica un punto importante a tener en cuenta al momento de analizar la modalidad de ejecución de la pena.

Otro punto importante a considerar, es la actitud posterior al delito tanto de Ruiz como de Cantallops Simoneto, donde se debe destacar el arrepentimiento de los condenados, y la confesión de los hechos; además de señalar que los imputados se han sometido al llamado de la justicia, se han presentado absolutamente todas las veces que fueron citados, y han afrontado el juicio disciplinadamente, pese a encontrarse en libertad.

No resulta extraño de consideración en las presentes, el transcurso del tiempo, que implica en autos, -y en relación directa con las características de vida de los condenados-, que la incorporación al mundo carcelario, y por un breve periodo, tendría efectos inversos al deseado por la ley.

La modalidad de cumplimiento condicional de pena cuya aplicación propicio, se basa en la falta de antecedentes condenatorios de Carlos Sebastián Ruiz y Diego Ariel Cantallops Simoneto, en su actitud posterior al delito, ya que no han vuelto a delinquir y han tratado de reencausar su vida, a través del trabajo y la reinserción en el núcleo fami-

liar, y porque considero que la aplicación de la pena de prisión efectiva no cumpliría con el objetivo que debe guiar a toda pena privativa de la libertad: la readaptación social del condenado.

Así las cosas, corresponde -atento al modo condicional de la condena que propongo- imponer Reglas de Conducta a los imputados, en tanto resulten convenientes para prevenir la comisión de nuevos delitos.

Que en este orden, de conformidad a lo establecido por el art. 27 bis del C.P., deberán los condenados ser sometidos a las siguientes reglas de conducta por el término de TRES AÑOS: a) ambos condenados deberán fijar su residencia por ante el Juzgado de Ejecución a efectos del cumplimiento de las presentes, y presentarse quincenalmente por ante la comisaría de la jurisdicción que corresponda, quien remitirá informe de comparencia al Juzgado de Ejecución; b) deberán abstenerse de concurrir a locales bailables, del uso de estupefacientes y el abuso de bebidas alcohólicas; c) deberán acreditar ante el Juzgado de Ejecución, de manera semestral, oficio, arte industria o profesión que realiza; d) Carlos Sebastián Ruiz deberá realizar trabajos no remunerados a favor del Estado, fuera de sus horarios habituales de trabajo, presentándose semanalmente por el término cuatro (04) horas ante la Unidad Penal III de la ciudad de Eldorado, para realizar actividades acordes a su profesión de médico. Dichas actividades deberán ser acreditadas ante el Juzgado de Ejecución en forma trimestral; e) Diego Ariel Cantallops Simoneto, deberá realizar trabajos no remunerados a favor del Estado, fuera de sus horarios habituales de

trabajo, presentándose semanalmente por el término de cuatro (04) horas ante la Unidad Penal VI de la ciudad de Posadas, para realizar actividades acordes a sus capacidades, según lo disponga el Director de la Unidad Carcelaria. Dichas actividades deberán ser acreditadas ante el Juzgado de Ejecución en forma trimestral.

Por las razones expresadas, y de los fundamentos expuestos precedentemente, de conformidad a las facultades otorgadas por el art. 484 del Código de Procedimiento Penal Provincial, Ley XIV-N° 13 -Digesto Jurídico- en función del art. 477 inc. a); entiendo corresponde casar parcialmente la sentencia atacada en cuanto a la pena aplicada a los condenados, la que se fijará en los siguientes términos: I) CONDENAR a Carlos Sebastián Ruiz a la PENA DE TRES AÑOS DE PRISION EN SUSPENSO, cuyos demás datos obran en autos, como autor penalmente responsable del delito de HOMICIDIO EN AGRESION, Accesorias legales y Costas. (Arts. 26, 40, 41, 95 del C.P.A. y arts. 419, 546 y 548 del C.P.P.). II) IMPONER como regla de Conducta por el término de TRES AÑOS: a) fijar su residencia por ante el Juzgado de Ejecución a efectos del cumplimiento de las presentes, y presentarse quincenalmente por ante la comisaría de la jurisdicción que corresponda quien remitirá informe de comparencia al Juzgado de Ejecución; b) Abstenerse de concurrir a locales bailables, del uso de estupefacientes y el abuso de bebidas alcohólicas; c) Acreditar ante el Juzgado de Ejecución, de manera semestral, oficio, arte industria o profesión que realiza; d) Realizar trabajos no remunerados a favor del Estado, fuera de sus horarios habituales de trabajo, presentándose semanalmente

por el término de cuatro (04) horas ante la Unidad Penal III de la ciudad de Eldorado, para realizar actividades acordes a su profesión de médico. Dichas actividades deberán ser acreditadas ante el Juzgado de Ejecución en forma trimestral, (art. 27 bis del C.P.A.). III) CONDENAR a Diego Ariel Cantalops Simoneto a la PENA DE TRES AÑOS DE PRISION EN SUSPENSO, cuyos demás datos obran en autos, como autor penalmente responsable del delito de HOMICIDIO EN AGRESION, Accesorias legales y Costas. (Arts. 26, 40, 41, 95 del C.P.A. y arts. 419, 546 y 548 del C.P.P.) IV) IMPONER como regla de Conducta por el término de TRES AÑOS: a) fijar su residencia por ante el Juzgado de Ejecución a efectos del cumplimiento de las presentes, y presentarse quincenalmente por ante la comisaría de la jurisdicción que corresponda quien remitirá informe de comparencia al Juzgado de Ejecución; b) Abstenerse de concurrir a locales bailables, del uso de estupefacientes y el abuso de bebidas alcohólicas; c) Acreditar ante el Juzgado de Ejecución, de manera semestral, oficio, arte industria o profesión que realiza; d) Realizar trabajos no remunerados a favor del Estado, fuera de sus horarios habituales de trabajo, presentándose semanalmente por el término de cuatro (04) horas ante la Unidad Penal VI de la ciudad de Posadas, a realizar actividades acordes a sus capacidades, según lo disponga el Director de la Unidad Penal. Dichas actividades deberán ser acreditadas ante el Juzgado de Ejecución en forma trimestral. (art. 27 bis del C.P.A.); dejándose expresa constancia que las restantes cuestiones traídas en el fallo que hacen a la existencia de los hechos y a la calificación legal,

permanecen firmes al no tener relación de dependencia ni de conexidad con lo invalidado. Así voto.

**Concedida la palabra a las Dras. María Laura Niveyro, Cristian Marcelo Benítez y Roberto Rubén Uset, dijeron:**

Que adhieren al voto que antecede.

**Concedida la palabra al Dr. Froilán Zarza, dijo:**

Los antecedentes del caso han sido expuestos por el Dr. Jorge Antonio Rojas, a cuyo contenido me remito en honor a la brevedad, permitiéndome agregar lo siguiente a fin de fundar mi voto:

1. - Las defensas particulares de los encartados, cuestionan la calificación legal por la cual han sido condenados los Sres. Carlos Sebastián Ruiz y Diego Ariel Cantalops Simoneto, bajo el título de VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA, criticando de esta forma la postura asumida por la representante del Ministerio Público Fiscal en cuanto al cambio de la calificación legal por la cual habían sido requeridos a juicio de la figura de homicidio preterintencional previsto por el artículo 81 inc. b, por la del homicidio en riña tipificado en el artículo 95, ambos del Código Penal, la que fuera posteriormente receptada por el Juez de Sentencia, manifestando que de esta forma se ha violado el debido proceso y la defensa en juicio por no haberse respetado el mencionado principio al decir en general lo siguiente:..."*es deber de los magistrados, cualesquiera fueren las peticiones de la acusación o la defensa o las calificaciones de carácter provisional, precisar las figuras delictivas juzgadas con plena liber-*

*tad y exclusiva subordinación a la ley, sin otro limite que posibilitar el ejercicio de la defensa en juicio y el debido proceso” (fs. 4 vta.-Expte. 367/14).*

*“Es consecuencia del principio acusatorio que el acontecimiento o hecho del proceso debe estar descrito del modo más preciso que sea posible,..., ocurre que a la acusación fiscal debe poderle ser contrapuesta por su contradictor, la defensa, no solo una alternativa fáctica,..., sino que además una alternativa jurídica, es decir, que el hecho presupuesto no merece esta calificación jurídica, sino que da lugar a otra tipicidad o atipicidad. Ciertamente la defensa tiene que estar en condiciones de controlar el proceso de subsunción por el cual la fiscalía o acusador llega a tal conclusión y que tal hecho tiene la calificación jurídica que le asigna”. (fs. 1vta./2 -Expte. 368/14-)*

2. - Que, en relación a la cuestión planteada debo manifestar que, la correcta intimación y/o descripción del hecho imputado a lo largo de todo el proceso, posibilita el respeto por el principio de congruencia y éste, a su vez, el adecuado ejercicio de la defensa en juicio, en correlación a lo establecido por el artículo 18 de la Constitución Nacional en cuanto a que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo, siendo inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”; como así también el artículo 75 inciso 22 que otorga jerarquía constitucional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los cuales establecen garantías judiciales para el imputado (art. 8º y 14º respectivamente), mencionando el derecho a ser oído, a recibir una detallada y previa comunicación de

la acusación formulada de conformidad a los artículos 8º, inc. 2º, letra b, de la CADH; artículo 9º y 14, inciso 3º, letra b, del PIDCyP respectivamente.

3. - Que además resulta dable destacar que los Jueces cuentan con las facultades otorgadas por el artículo 417 del Código de Procedimientos en materia penal en cuanto a que:

*“En la sentencia, el Tribunal puede dar a un hecho una calificación jurídica distinta a la del auto de elevación a juicio o del requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad, siempre que el delito no sea de competencia de un Tribunal Superior. Si resulta del debate que el hecho es diverso del enunciado en la acusación, el Tribunal debe disponer la remisión del proceso al Agente Fiscal”.*

4. - Que en el contexto referenciado, resulta importante realizar una interpretación armónica de los dispositivos legales -a fin de no violentar el derecho de las partes sometidas a proceso-, motivo por el cual entiendo que la facultad referenciada al punto 3 de la presente no resulta en la práctica absolutamente discrecional para los jueces, sino que, su aplicación se debe ajustar a los parámetros establecidos en cada caso en concreto, debiendo otorgarse siempre la posibilidad de que el encartado prepare y ejerza su defensa en cuanto a la nueva calificación legal imputada en el curso del proceso, encontrando dicho razonamiento soporte doctrinario en la siguiente cita:

*“No es menos cierto que la variación de la calificación legal no puede traer aparejada en ningún caso una mutación del*

*hecho por el cual se acusó, pues vulneraría el principio de congruencia y con ello la defensa en juicio... Por ello habrá de ponderarse en cada caso concreto, tomando como criterio orientador el siguiente: siempre que la calificación legal aplicada por el órgano jurisdiccional difiera de la que postuló el fiscal en el acto acusatorio, violará el derecho de defensa, cuando el tipo penal escogido, aun cuando a él se adecúe el mismo hecho contenido en la acusación, contenga elementos descriptivos o normativos que le otorguen al hecho un alcance diferente agravando la situación del acusado, de manera tal que de haber conocido tales elementos tempestivamente habría podido refutar su aplicabilidad al caso.- Pág. 296 - Eduardo M. Jauchen - El Juicio Oral en el Proceso Penal- Rubinzal-Culzoni Editores 24/01/08.*

5. - Que así las cosas y a fin de dar respuesta a los planteos formulados, entiendo que en el presente caso los agravios -referentes a la nulidad peticionada por violación al principio de congruencia-, deben ser desestimados a mérito de que el Juez de Sentencia -de conformidad a lo establecido por el artículo 396 2º y 3º párrafo del CPP-, interpeló a los Defensores Particulares a fin de concederles el tiempo suficiente para preparar los alegatos defensivos en relación a la nueva calificación jurídica peticionada por la Sra. Fiscal, debiendo resaltar asimismo que dicho cambio no trajo aparejada la mutación de los hechos por los cuales fueron requeridos oportunamente a juicio.

6. - Las circunstancias referenciadas surgen claramente de las actuaciones obrantes a fs. 2151-2153 vta/2154, las cuales dan cuenta que, al momento de producirse la ampliación de la acusa-

ción a tenor del cambio de la calificación legal por parte del Ministerio Público Fiscal; los Defensores no ejercieron el derecho de solicitar la suspensión del debate por el término de ley de conformidad al artículo 381 inc. g) del CPP, procediendo solamente uno de los defensores a expresar lo siguiente:

*“... Sr. Presidente, trataremos de cumplir con el mismo plazo que la Fiscal, tengo que elaborar conceptos que no tengo preparados; sin embargo, la intención de esta defensa es no dilatar el juicio”... “No sé, calculo..., dos horas...”.- fs. 2154.*

7. - Que analizadas las actuaciones, entiendo que los hechos descriptos y acreditados en el curso del proceso, configuran la calificación jurídica por la cual han sido condenados los encartados, la causa se ajusta a los parámetros requeridos por las disposiciones de orden procesal y constitucional, no avizorando en este punto violación al principio de congruencia, ni al debido proceso, ni la defensa en juicio, motivos por los cuales corresponde rechazar las quejas y confirmar la sentencia recurrida en cuanto a los hechos y calificación jurídica por los cuales han sido condenados los encartados, motivos por los cuales me adhiero en general a los fundamentos esbozados en el voto de mi colega preopinante, compartiendo además la postura de asumir la competencia para resolver en definitiva la presente causa.

8. - Que asimismo y en forma independientemente a lo expresado en los párrafos anteriores, me permito disentir solamente en cuanto al monto de la pena impuesta, propiciando para el pre-

sente caso la imposición máxima de 2 años de prisión en suspenso para los encartados, debiéndose ajustar a dicho periodo de tiempo las normas de conductas impuestas en la presente resolución.

9. - Se motiva la disidencia en el hecho de que, al apartarse el Juez de Sentencia de lo requerido por el Ministerio Público Fiscal -aplicando una pena mayor a la solicitada en la audiencia debate-, se han afectado garantías de orden constitucional del imputado Diego Ariel Cantallops Simoneto, conforme lo tiene dicho la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa:

*“Arguello, Carlos Ezequiel s/Recurso de Casación”, de la sala IV, resuelto el 12 de noviembre del 2007, donde por mayoría resolvió: “.... Una sentencia que imponga una pena mayor a la requerida por el fiscal en la acusación resulta violatoria del derecho de defensa del acusado por cuanto impide pronunciarse efectivamente sobre la individualización y proporcionalidad de la sanción aplicada.- Dicha pena sobreviene en forma intempestiva y no como consecuencia del contradictorio, significando una sorpresa para el imputado debido de que se trata de un monto que nunca le fue informado, con lo cual estuvo fuera de sus legítimas previsiones ...” (del voto mayoritario del Dr. Hornos).- pág. 418.- Jurisprudencia anotada - Revista de Derecho Procesal Penal -La actividad procesal del Ministerio Público Fiscal-II- -Rubinzal-Culzoni Editores-Edición27/06/08.-*

10. - Conforme lo manifestado, entendiendo que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la defensa del imputado Cantallops, se debe casar la sentencia atacada confor-

me lo expresado al punto 8 de la presente haciéndola extensiva al coimputado Carlos Sebastián Ruiz a tenor de lo expresamente previsto en el artículo 464 del CPP.- Así voto.

**Concedida la palabra a la Dra. Ramona Beatriz Velázquez, dijo:**

Que adhiere al voto del Dr. Jorge Antonio Rojas.

**Concedida la palabra a la Dra. Rosanna Pía Venchiarutti Sartori, dijo:**

Habiendo recepcionado las presentes actuaciones corresponde pronunciarme sobre la cuestión traída a estudio.

Los antecedentes del caso han sido expuestos minuciosamente por el Sr. Ministro Dr. Jorge A. Rojas en su voto, a los cuales remito y doy por reproducidos en honor a la brevedad.

Asimismo, en virtud de las particularidades del presente caso en concreto, adhiero a la solución propiciada por el Sr. Ministro Dr. Froilán Zarza en su voto. Así voto.

**Concedida la palabra a la Dra. Cristina Irene Leiva, dijo:**

Que adhiere al voto del Dr. Jorge Antonio Rojas.

**Por Secretaría,** se deja constancia que no interviene en la presente resolución el Dr. Manuel Augusto Márquez Palacios, en razón de su fallecimiento.

**Por ello,** y siendo concordante la opinión de la mayoría (Art. 41 Ley IV - N° 15 – antes Decreto - Ley N° 1.550/82);

**EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA**

**RESUELVE:**

**I) HACER LUGAR PARCIALMENTE** a los Recursos interpuestos en autos, y **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia atacada en cuanto a la pena aplicada a los condenados, la que se fijará en los siguientes términos: **I) CONDENAR** a Carlos Sebastián Ruiz a la PENA DE TRES AÑOS DE PRISION EN SUSPENSO, cuyos demás datos obran en autos, como autor penalmente responsable del delito de HOMICIDIO EN AGRESION, Accesorias legales y Costas. (Arts. 26, 40, 41, 95 del C.P.A. y arts. 419, 546 y 548 del C.P.P.). **II) IMPONER** como regla de Conducta por el término de TRES AÑOS: a) fijar su residencia por ante el Juzgado de Ejecución a efectos del cumplimiento de las presentes, y presentarse quincenalmente por ante la comisaría de la jurisdicción que corresponda quien remitirá informe de comparencia al Juzgado de Ejecución; b) Abstenerse de concurrir a locales bailables, del uso de estupefacientes y el abuso de bebidas alcohólicas; c) Acreditar ante el Juzgado de Ejecución, de manera semestral, oficio, arte industria o profesión que realiza; d) Realizar trabajos no remunerados a favor del Estado, fuera de sus horarios habituales de trabajo, presentándose semanalmente por el término de cuatro (04) horas ante la Unidad Penal III de la ciudad de Eldorado, para realizar actividades acordes a su profesión de médico. Dichas actividades deberán ser acreditadas ante el Juzgado de Ejecución en forma trimestral, (art. 27 bis del C.P.A.). **III) CONDENAR** a Diego Ariel Cantalops Simoneto a la PENA DE TRES AÑOS DE PRISION EN SUSPENSO, cuyos demás datos obran en autos,

como autor penalmente responsable del delito de HOMICIDIO EN AGRESION, Accesorias legales y Costas. (Arts. 26, 40, 41, 95 del C.P.A. y arts. 419, 546 y 548 del C.P.P.) **IV) IMPONER** como regla de Conducta por el término de TRES AÑOS: a) fijar su residencia por ante el Juzgado de Ejecución a efectos del cumplimiento de las presentes, y presentarse quincenalmente por ante la comisaría de la jurisdicción que corresponda quien remitirá informe de comparencia al Juzgado de Ejecución; b) Abstenerse de concurrir a locales bailables, del uso de estupefacientes y el abuso de bebidas alcohólicas; c) Acreditar ante el Juzgado de Ejecución, de manera semestral, oficio, arte industria o profesión que realiza; d) Realizar trabajos no remunerados a favor del Estado, fuera de sus horarios habituales de trabajo, presentándose semanalmente por el término de cuatro (04) horas ante la Unidad Penal VI de la ciudad de Posadas, a realizar actividades acordes a sus capacidades, según lo disponga el Director de la Unidad Penal. Dichas actividades deberán ser acreditadas ante el Juzgado de Ejecución en forma trimestral. (art. 27 bis del C.P.A.); dejándose expresa constancia que las restantes cuestiones traídas en el fallo que hacen a la existencia de los hechos y a la calificación legal, permanecen firmes al no tener relación de dependencia ni de conexidad con lo invalidado.

**II) REGÍSTRESE**, cópiese, notifíquese y oportunamente remítanse las presentes actuaciones a origen, oficiándose a tales efectos.

d.s.

EXPTE. N° 367-STJ-2014