

En la ciudad de Posadas, Capital de la Provincia de Misiones, a los..diecisiete...días del mes de.....mayo.....año dos mil diecisiete, se reúnen Ss. Ss. los Señores Ministros del Superior Tribunal de Justicia, **Dres. Cristian Marcelo Benítez, María Laura Niveyro, Jorge Antonio Rojas, Roberto Rubén Uset, Ramona Beatriz Velázquez y Rosanna Pía Venchiarutti Sartori, bajo la Presidencia del Dr. Froilán Zarza**, a fin de considerar los autos caratulados: **“EXPTE. N° 278-STJ-2014 – DEFENSOR OFICIAL EN LO PENAL N° 5 - DE LA Iª CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL – DR. DE LA FUENTE, ENRIQUE DANIEL p/ OLIVERA, HUGO DANIEL s/ RECURSO DE CASACION EN AUTOS: “EXPTE. N° 20 (A) 2014 – DR. ENRIQUE DANIEL DE LA FUENTE - DEF. OFICIAL N° 5 s/ PLANTEA RECURSO DE CASACION EN EXPTE. N° 13/12 – OLIVERA, HUGO DANIEL... s/ HOMICIDIO CALIFICADO POR ALEVOSÍA” y su acumulado “EXPTE. N° 280-STJ-2014 – DEFENSOR OFICIAL PENAL N° 4 - DE LA Iª CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL – DR. VARELA, MIGUEL ANGEL p/ LESCANO, MAURO ANDRÉS s/ RECURSO DE CASACION EN AUTOS: “EXPTE. N° 22 (A) 2014 – DR. MIGUEL ANGEL VARELA - DEF. OFICIAL N° 4 s/ INTERPONE RECURSO DE CASACION EN EXPTE. N° 13/2012... LESCANO, MAURO ANDRÉS s/ HOMICIDIO CALIFICADO POR ALEVOSÍA”.**

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

Concedida la palabra al Dr. Jorge Antonio

Rojas, dijo:

Habiéndose declarado formalmente admisibles los respectivos recursos de casación impetrados oportunamente por los Sres. Defensores Oficiales Dres. Enrique Daniel de la Fuente y Miguel Ángel Varela, quienes actúan en representación de Hugo Daniel Olivera y Mauro Andrés Lescano respectivamente, contra la Sentencia del Tribunal Penal N° 2, de la Primera Circunscripción Judicial de la Provincia de Misiones, de fecha 11 de Marzo de 2014, obrante a fs. 710/739 del principal -Expte. N° 13/2012-, por la cual se condenó a los encartados en autos a la pena de Prisión Perpetua, Accesorias Legales y Costas, como coautores penalmente responsables del delito de Homicidio Calificado con Alevosía, ilícito tipificado en el art. 80 inc. 2° y 45 del Código Penal; vuelven las presentes actuaciones a consideración a los fines del dictado de la correspondiente sentencia.

Teniendo en cuenta que, conforme el punto II) de la Resolución N° 09-STJ-2016, este Cuerpo dispuso la acumulación de los recursos casatorios interpuestos por las defensas de los co-imputados contra una misma sentencia, corresponde en consecuencia realizar el tratamiento de las pretensiones recursivas promovidas de los mismos, los que expondré por separado a los efectos de un mejor ordenamiento de la exposición.

Es así que, por una parte, como he anticipado sucintamente en oportunidad de realizar el examen formal de admisibilidad

del escrito recursivo interpuesto a favor de Mauro Andrés Lescano, obrante a fs. 02/20 del Expte. 280-STJ-2014 -agregado por cuerda al presente-, se vislumbra que el impugnante fundamenta la vía casatoria en las previsiones de los Arts. 23 Inc. 1º y 477 a 487 del Código de Procedimiento Penal, y en el Art. 20 de la Constitución de la Provincia de Misiones, Arts. 8.2h, 7.6 y 25 de la Convención Americana sobre derechos Humanos -Pacto San José de Costa Rica-, Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en conexidad con el Art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional.

Objeta el recurrente el fallo por inobservancia de las normas establecidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que impone que todo imputado debe ser juzgado por un “Tribunal imparcial”.

En ese sentido, y en primer lugar, arguye que el fallo se encuentra viciado de nulidad absoluta en todo lo actuado y reitera el planteo efectuado como cuestión preliminar al Juicio de recusar con causa a los integrantes del Tribunal, por considerar que han emitido opinión respecto a la conducta de los encartados, calificación y pena correspondientes en una entrevista mantenida con el Sr. Fiscal que frustró la celebración de un principio de acuerdo de juicio abreviado.

Tacha de nulidad absoluta al voto del Sr. Vocal del Tribunal, Dr. Roque Martín González, por el prejuzgamiento en que in-

curriera éste al momento en que el defensor alegare en defensa de su asistido.

Sostiene que la sentencia es arbitraria y dogmática al exhibir una fundamentación solo aparente; por inobservancia de las reglas de la sana crítica racional en el análisis de los elementos probatorios de valor decisivo y dirimente; por inobservancia y errónea aplicación de la Ley sustantiva.

Solicita se dicte una nueva sentencia absolviendo a su asistido en base a la inexistencia de elementos probatorios inculpanantes o, subsidiariamente se encuadre el hecho respecto del Sr. Mauro Andrés Lescano en el tipo penal de lesión en riña, analizando las cuestiones que hacen a su agravio y exponiendo doctrina y jurisprudencia a su respecto.

Subsidiariamente solicita se haga lugar a la aplicabilidad de la Ley nacional N° 26.200 con carácter de reforma tácita de los arts. 13 -texto según ley 25.892 (B.O. 26/05/04) y 55 -Texto según ley 25.928 (B.O.) del Código Penal; declarando que la pena de prisión perpetua es de 25 años con posibilidad de obtener la libertad condicional a los 20 años.

Por otra parte, la defensa de Hugo Daniel Oliveira, en su escrito recursivo de fs. 02/16 fundamenta su presentación en las previsiones de los Arts. 23 Inc. 1º y 477 a 487 del Código de Procedimiento Penal, y en el Art. 20 de la Constitución de la Provincia de Misiones, Arts.

8.2h, 7.6 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto San José de Costa Rica-, Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Art. XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en conexidad con el Art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional.

Atribuye el quejoso al fallo ser violatorio del principio de inocencia, por arbitrariedad manifiesta, por fundamentación aparente, carente de sustento fáctico y dogmático, por resultar nula al violentar el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial, y a su vez del debido proceso penal al cercenar la aplicación del principio *“in dubio pro reo”*, lo que ocasiona un gravamen irreparable a su asistido.

En ese orden, y al igual que su par, solicita la nulidad de la sentencia por violación al principio de ser juzgado por un tribunal imparcial, con los mismos argumentos expuestos por aquél.

Aduce que la sentencia también es nula, por ser arbitraria y de fundamentación aparente, carente de sustento fáctico y dogmático, dando sus razones y citando doctrina y jurisprudencia respecto de la figura del homicidio calificado por alevosía.

Afirma que la sentencia resulta dogmática en cuanto a la construcción esbozada por el Fiscal y recepcionada por el Tribunal respecto a la co-autoría endilgada.

Alega que en el presente hecho, a su entender, la figura que se ajusta a lo probado y realmente acontecido es la contemplada por el art. 95 del C.P., esto es el Homicidio en Ocasión de Riña.

Ahora bien, entrando a analizar los puntos expuestos como agravio, me referiré en primer término a las cuestiones que hacen a la intervención de los magistrados para luego continuar con el análisis integral de la sentencia.

Es así que, sobre la nulidad que arguyen ambas defensas en lo que hace a la Intervención de los Magistrados integrantes del Tribunal Penal N°2, por haber emitido supuesta opinión previa al juicio en una entrevista con el Fiscal que lo motivó a desestimar un acuerdo de juicio abreviado en principio arribado, y adunando lo sostenido por el Tribunal en su oportunidad de deliberar sobre el mismo -ver. fs. 655 y vta- debe destacarse que conforme bien lo dispone el art. 452 del C.P.P. al regular el instituto de Juicio Abreviado en cuestión, su concreción siempre lo es a propuesta del Ministerio Fiscal.

El propio código de rito establece como requisito de procedencia en su segundo párrafo: *“Para que la solicitud sea admisible debe estar acompañada de la conformidad del imputado, asistido por su defensor, respecto de la existencia del hecho y su participación en el mismo. A los fines de lo dispuesto en este artículo, el fiscal puede recibir en audiencia al imputado y a su defensor, de lo que se deja simple constancia en acta”*.

De la totalidad de las piezas procesales agregadas, no surge se haya agregado a las presentes, acta alguna de celebración de esta audiencia o de acuerdo de Juicio Abreviado, y que es aquélla que será merituada por los jueces con posteridad a aquél para efectuar el control que le exige el art. 453 del C.P.P.

La celebración de esta audiencia solo puede ser acreditada por esta acta y los recurrentes no pueden desconocer los requisitos de mención, por lo que de ninguna manera puede endilgarse sin más, supuesta falta de imparcialidad a los jueces y falta de independencia del Ministerio Público Fiscal, por lo que considero que debe rechazarse todos los planteos en lo que hace a este agravio.

Siguiendo los mismos lineamientos, he de opinar respecto del agravio sostenido por el Sr. Defensor Oficial Dr. Miguel Ángel Varela en lo que hace a la posterior recusación del Dr. Roque Martín González por prejuzgar en el momento en que el primero exponía sus alegatos.

De la lectura íntegra del acta de debate de fs. 702/706 y vta., no se advierte se haya dejado constancia de tal intervención ni al momento del alegato del letrado, ni en su réplica, ni al momento en que éste suscribió el acta, como así tampoco tacha de nula a la misma conforme lo dispone el art. 410, circunstancia que me exime de mayores comentarios y me permite descartar sin más el agravio al respecto.

En otro orden, ya dejando a salvo la intervención de los Magistrados y dando por contestados los agravios anteriores, he de adentrarme al análisis de la sentencia en lo que hace a su fundamentación, la que a entender de los recurrentes resulta aparente, dogmática y arbitraria.

En ese sentido, es que en el presente caso debo analizar si se encuentra debidamente fundado; si el hecho que se imputa a Olivera y a Lescano tuvo lugar tal y como fuera descripto 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. 710/739 surge que el Tribunal sostuvo que: *"...ha quedado plenamente probado que: La noche del 23 de diciembre del año 2010, siendo aproximadamente las 18.00 hs o 18.30 hs., en ocasión en que se encontraban reunidos en el domicilio de la víctima un grupo de personas, entre ellos la ciudadana LUCIA INES DE LIMA, las sobrinas del occiso LILIANA RODRIGUEZ DE OLIVERA, GABRIELA RODRIGUEZ DE OLIVERA, CRISTINA DAHYANA RODRIGUEZ DE OLIVERA, el esposo de una de ellas GUSTAVO ISMAEL VEBER y el vecino JUAN ANGEL SANCHEZ, quienes se disponían a festejar el cumpleaños de LUCIA de LIMA, ex concubina del hoy imputado HUGO OLIVERA. Ha quedado acreditado (...) que al Sr. LUIS CARLOS de OLIVERA*

RODRIGUEZ, se le dio muerte entre las 23,00 hs del día 23 de diciembre y las 00,20 hs del día 24 de diciembre del año 2010. Que si bien la hora exacta de muerte no ha sido determinada con exactitud (...) murió a raíz de una certera puñalada que le atravesó el corazón. (...) No ofrece duda la circunstancia de que el Sr. Olivera tuvo una discusión que derivó en feroz golpiza y posteriormente su muerte con los ciudadanos OLIVERA; FIDOTTO y LESCANO. También es indudable que al momento de su muerte Luis Carlos de Olivera Rodríguez se encontraba prácticamente indefenso a raíz de los golpes que le hubieron propinado los antes mencionados. No se ha podido determinar, a pesar de las incriminaciones efectuadas por ambos imputados, Fidotto y Lescano, quién fue el que asestó la puñalada fatal. Los encartados sacan a la víctima del perímetro de su casa después de que Olivera le diera una fuerte bofetada que a decir de los testigos presenciales, lo dejó “como atontado”, y ahí comienzan a pegarle con distintos elementos palos, cadenas, martillo grande y cuchillo (...) siendo éste elemento idóneo con el que se le produjo la herida que le causó la muerte. (...) Así también que los encartados habían ido en un primer momento, 18:00 hs, aproximadamente a buscar a un tal “Juan Carlos”, al que nadie conocía en el lugar, que posteriormente regresaron y pidieron hablar con Luis Carlos, al que una vez que lo agredieron y dejaron tirado en el suelo prácticamente sin fuerza, presumiblemente sin sentido, y en momentos en que se estaban retirando del lugar y escuchar que la sobrina pidió ayuda diciendo que estaba vivo, regresaron para continuar con la golpiza mortal...”.

Los hechos descriptos son contestes con el material probatorio obrante en autos, que fue minuciosamente analizado por el Tribunal. Entre ellos podemos citar las declaraciones indagatorias prestadas por Gustavo Javier Fidotto en la instrucción (fs. 101/102 y a 118/119), la de Hugo Daniel Olivera de fs. 356/357 y la de Mauro Andrés Lescano obrante a fs. 148/149 que fueron contrastadas entre sí y con las demás pruebas colectadas, tales como el certificado médico de fs. 05; acta de defunción de fs. 517; croquis de fs. 71; el informe de autopsia de fs. 110/113; actuaciones de fs. 01 y ssgtes; fotografías de fs. 112/115; Exámenes médico de fs. 391 y 475; los testimonios de los testigos vecinos y parientes de la víctima, a quienes si bien -como señala el Tribunal- les comprenden las generales, fueron creíbles y auténticos por haberlo vivido, entre los que podemos citar los de Lucía Inés de Lima; Gabriela Beatriz Rodríguez de Olivera; Gustavo Ismael Veber (o Rivera); Liliana Rodríguez de Olivera; Cristina Dahyana Rodríguez de Olivera y Patricia Isabel Silva; el del Oficial Ernesto Vallejos; el del Dr. Roberto Sarjanovich y el del Dr. Juan Antonio Galuppo; el del perito Juan Carlos Vázquez; la Dra. Norma Lapuente de Acosta; el del Dr. Néstor Bellusci.

Como bien ha sostenido el tribunal, si bien alguno de los testigos tenían un parentesco con la víctima, -por lo que se encontrarían comprendidos por las generales de la ley-, éstos fueron presenciales y teniendo en cuenta que fueron evaluados con los demás y con la

restante prueba incorporada, resulta perfectamente razonable la sentencia que se basó en éstos.

Los hechos así descriptos, satisfacen suficientemente las exigencias del art. 415 del Cód. Proc. Penal, en cuanto a la determinación precisa circunstanciada del hecho que el Tribunal estima acreditado, pues los elementos probatorios fueron considerados en forma no aislada, y el resultado final se construyó a partir de una visión de conjunto, con una adecuada correlación de los testimonios de las víctimas y los datos periciales.

Por lo expuesto, y de las probanzas citadas que se compadecen con las producidas durante los cinco días en que se celebró la audiencia de debate, surge acabadamente que el hecho ocurrió en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueran descriptas, dando cumplimiento de este modo con la manda legal contemplada por el art. 415 y cctes del C.P.P. El tribunal 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 los sentenciantes, fundamentos serios y atendibles, siendo fruto de un razonamiento coherente que las justifican.

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"), debe ahora analizarse si la sentencia dictada y más específicamente, la calificación legal atribuida a la conducta del acusado, se sustenta o no en los elementos de prueba válidamente incorporados a la causa.

Desde el inicio de las actuaciones hasta la sentencia -en un primer momento a Fidotto y a Lescano y luego a Olivera-, se les imputó y luego condenó por su accionar como configurativo de la conducta prevista y penada en el inc. 2 del art. 80 del C.P., esto es la figura de homicidio calificado por alevosía.

Si bien se les atribuyó distintos grados de participación en el hecho, se concluyó que los tres imputados intervinieron en el mismo en calidad de co autores (art. 45 C.P.).

Del resolutorio se desprende que, al momento de efectuar esta labor de subsunción legal, el Tribunal sostuvo, entre otras cuestiones: *"...si a la acción de matar se suma alguna de las circunstancias taxativamente enumeradas en el art. 80 del Código Penal, se habrá tipificado un HOMICIDIO CALIFICADO. Vale decir que todos los elementos del Homicidio Simple deben haberse cumplido en plenitud. En el caso, los autores son delincuentes imputables que cometieron un hecho típicamente anti-*

jurídico, culpable y agravado por las circunstancias de haber dejado a la víctima en un estado de indefensión manifiesta y además, haberse aprovechado del mismo, por lo que se castiga con una pena más severa (...) específicamente para el caso que nos ocupa “por ALEVOSÍA”, debemos tener en cuenta la circunstancia de que se comete aprovechando una particular circunstancia de indefensión de la víctima, siendo menester que dicha particular circunstancia de defensa ausente o disminuida esté causalmente provocada por él o los autores. Dicho de otra manera, en el Homicidio agravado por Alevosía, la situación de indefensión de la víctima (desprevenida o indefensa) debe haber sido procurada o aprovechada por el autor, en forma artera o traidora. La esencia calificadora de la figura del Homicidio con alevosía la integran dos notas esenciales: el aseguramiento del resultado y la ausencia de reacción de la víctima, con eliminación de cualquier riesgo que pueda afectar a la persona del agresor. En el caso de marras, Luis Carlos de Olivera Rodríguez, quedó indefenso ante el primer golpe o “sopapo” que recibió de parte de Hugo Daniel Olivera, y a partir de allí, no pudo ni siquiera volver a ponerse en pie. Fue golpeado con palos y la cadena por todo el cuerpo, en forma incesante y reiterada por parte de los tres imputados, que al decir varios testigos “se turnaban para golpearlo, uno dejaba la cadena y el otro agarraba”. Cuando su sobrina Liliana y Lucía intentaron ponerlo de pie y arrastrarlo hasta dentro de la vivienda, quedó probado que su estado era prácticamente de inconsciencia, no podía sostenerse ni andar por sus propios medios. Esa situación fue indefectiblemente

aprovechada por los atacantes que regresaron y nuevamente lo golpearon. No había en el cuerpo de la víctima lesiones defensivas, es decir que existió una defensa ausente o disminuida, otorgando mayor posibilidad a sus atacantes de obtener el resultado propuesto. Lo artero y sorpresivo del ataque, impidiendo a la víctima y personas presentes en el lugar ensayar algún tipo de defensa a favor de la víctima, alude a la conducta típica del “Homicidio agravado por alevosía” (...) El estado de indefensión en que la víctima fue puesta por los encartados, fue buscado, provocado y aprovechado, existiendo una decisión común, que fue el vehículo que llevó al fin último, la muerte de Luis Carlos, a raíz de la puñalada certera que recibió en el corazón, la que fue efectuada con tal violencia que le atravesó el pecho, a decir del Dr. Galuppo, y esta circunstancia la que resulta determinante para indicar el “Dolo”, de los imputados. Que a mi juicio, resultó ser que los encartados OLIVERA, FIDOTTO y LESCANO (...) tuvieron de decisión común de matarlo, lo que se plasma en su accionar, en la “vuelta” que efectúan cuando escuchan que Luis Carlos de Olivera Rodríguez aún estaba vivo, para continuar con los golpes. Es decir, que entre los tres, lo golpearon, hasta producir el estado de indefensión que requiere la figura del tipo, y después aprovecharon ése estado para matarlo, se trata de un accionar racionalizado por parte de los tres (...) V) Y así, debo expresar que se ha determinado que los tres fueron ese día, el 23 de diciembre del año 2010, en la primera (19:00 horas) y en la segunda oportunidad a la casa de la víctima. Que todos los testigos en forma conjunta manifestaron conductas

agresivas e intimidatorias hacia los presentes, la que se sintió más atemorizada sin lugar a dudas fue la ciudadana Lucía Lima, como dicen los testigos y ella misma relata en la Audiencia de Debate, “se escondió debajo de la cama. Le decía a Luis que no salga. Conocía a Hugo, sabía que era violento”. La intención de los tres era conocida por la nombrada. Los tres lo sacaron del predio, lo lastimaron y crearon el estado de indefensión previo, para luego aprovecharse del mismo y causarle la muerte injustamente. Es así que (...) deben responder como “COAUTORES” del delito de “Homicidio Agravado por Alevosía” (art. 80 inc. 2º del C.P.) dadas las circunstancias de consumación del ilícito, sostengo que está plasmada la modalidad de coautoría, hay una pluralidad de autores (coautores) que, conectados plurisubjetivamente entre sí, dominan el hecho criminoso en su totalidad. Con lo hasta aquí enunciado los tres encartados resultan ser coautores del delito que se les enrostra y ello así porque tomaron parte en su ejecución condominiando el hecho. Y teniendo en cuenta la naturaleza y momento en que cada uno descargó golpes contra la humanidad de Luis Carlos de Olivera Rodríguez, buscando el fin-medio, su muerte, aun sin que se pueda establecer quien fue el autor material del hecho, hasta llegar al Homicidio en el estadio de la ejecución...”.

Referenciados que fueran los antecedentes al respecto, corresponde en esta oportunidad analizar si la conducta acreditada por el Tribunal es configurativa del delito de homicidio calificado por ale-

vosía que se les endilga, por lo que procederé a analizar los fundamentos expuestos en la sentencia y que he transcripto *supra*.

La doctrina define que la alevosía consiste en “*el empleo de medios, modos o formas -en la ejecución del hecho- que tiendan directa y especialmente a asegurar el homicidio, sin riesgo para el autor (Donna, pp. 40 y 41; en el mismo sentido Fontán Balestra, p.35; sobre los antecedentes históricos, Molinario/Aguirre Obarrio, pp. 141 y ss.). La praxis judicial ha dicho que la alevosía es un modo de matar agravatorio del homicidio, que se configura con el aprovechamiento de la indefensión de la víctima y la intención del autor de obrar sin riesgo. El homicidio alevoso exige la concurrencia de dos requisitos, uno objetivo, para el cual es necesario que la víctima se encuentre en un estado de indefensión procurado o simplemente aprovechado por el autor, y otro subjetivo, que es su esencia y consiste en la preordenada finalidad de actuar sin el riesgo de la reacción de la víctima aprovechando su indefensión. La alevosía posee una naturaleza compleja desde que además de su aspecto objetivo relacionado con el modo de ejecución del hecho, requiere en el plano de la subjetividad del autor el propósito de aprovecharse con ese proceder de la indefensión de la víctima. La mayor culpabilidad del obrar alevoso reside en el fin de actuar sin riesgo, sobre seguro y a traición (Juzg. Crim. y Corr. N°2 La Plata, 25/4/02)”. (Conf. Gustavo Eduardo ABOSO; Código Penal de la República Argentina, comentado, concordado con jurisprudencia, Ed. Montevideo-Buenos Aires, 3ª Edición, pág. 475/476).*

Es decir, que para que exista alevosía es necesario que concurran tres presupuestos, a saber: premeditación, seguridad para la ejecución del hecho e indefensión de la víctima.

Analizado el caso que nos convoca tal y como fuera expuesto, no resulta menor el hecho de que todo comenzó en el marco de un evento festivo en la casa de la víctima y que a medida que se fue desarrollando, en sus distintas etapas fue cometido frente a testigos presenciales que no auxiliaron activamente a De Olivera Rodríguez, pero que allí estuvieron. La presencia de la sobrina en el lugar concomitante a la muerte de su tío y de al menos seis personas más en los alrededores, como así también los sendos llamados telefónicos por parte de éstos a la policía, desde las 19 horas, a mi entender, descalificarían el accionar de los imputados como alevoso, pues en todo momento la víctima pudo ser asistida por éstos, quienes -como surge de todo lo actuado-, incluso pidieron auxilio y si bien los medios defensivos de éstos, o al menos de la sobrina, no eran razonablemente comparables con la pluralidad de sujetos ofensivos, ni con las armas que portaban los autores del hecho, lo que disminuyó la posibilidad de brindarle ayuda, ello desvirtúa la hipótesis de la premeditación por los acusados de atacar a traición.

Es decir no debe aplicarse el agravante de alevosía si potencialmente existía la posibilidad de defensas de terceras personas, aunque pudieran ser fácilmente superadas -como en el caso-, pues el actuar sin riesgos y sobre seguro, no se agota en la imposibilidad de re-

acción defensiva de la víctima, sino que debe contemplar también dicha imposibilidad de parte de terceros.

Asimismo, es necesario destacar que del propio *iter criminis* sugerido por el tribunal de juicio, nos encontramos frente a un hecho cuya característica predominante es la espontaneidad, con esto quiero decir que se trata de una pelea surgida de una discusión que pasó a mayores, no de un homicidio cuidadosamente planeado en el que generar la indefensión de la víctima formara parte de lo sesudamente planificado para, ahí sí, arremeter contra ella. No se utilizaron golpes arteros ni elementos incapacitadores, la sentencia habla nada más que de un golpe el que, aún si fuera cierto que “atontó” a la víctima, no es una conducta que previsiblemente ocasione este resultado. Por el contrario, considero que la desventaja numérica de la víctima con relación a sus agresores ha inducido a error en los sentenciantes, al calificar al hecho como alevoso, cuando lo cierto es que no reviste las características que el agravante en cuestión exige, sin perjuicio que sus características particulares deberán ser merituadas al momento de fijar las penas.

Descartada la procedencia de la calificante, queda ahora determinar la participación que han tenido los llevados a debate y traer a colación también la pretensión defensiva que sostiene que el homicidio que nos convoca lo fue en ocasión de una riña.

En ese sentido considero que los argumentos sobre la calificación en orden a la co-autoría que realiza la sentencia no es

incorrecta, toda vez que en autos ha quedado probado que un grupo de aproximadamente tres personas, munidas todas con diversos elementos contundentes -palos y cuchillos- atacaron a la víctima, no dándole tiempo siquiera a utilizar la cadena con candado que portaba como posible defensa, lo arrojan al suelo y comienzan a golpearlo, con patadas, palos, golpes de puño, consumando uno de ellos, al menos, en alguna de las oportunidades en que lo golpearon, una de las heridas con el cuchillo que portaban, no dejando ninguna duda que tanto Fidotto, Lescano y Olivera participaron activamente y con dolo de matar, subjetividad que surge claramente desde que iniciaron el curso del hecho, portando cuchillos, agrediendo a la víctima en al menos tres oportunidades, dejándolo tirado en el suelo y golpeándolo incansablemente por parte de quienes hicieron del número un elemento sustancial de la agresión.

Es así que, yerra la Defensa cuando asevera que "en el presente caso se acreditó certeramente que hubo una riña, porque una riña es un acometimiento mutuo entre dos grupos, la pluralidad de los contendientes es una de sus características, donde todos atacan y todos defienden (Donna, Edgardo; El Código Penal y su interpretación en la Jurisprudencia, Tomo II, pagina 444, con cita de fallos, Rubinzal Culzoni). Riña es el súbito acometimiento recíproco y tumultuoso de más de dos personas, de manera que no puede llamarse así al acometimiento de varios contra uno, ya que es necesaria la reciprocidad de las acciones (SCBA, j-

10-48, LL, 53-8). Lo que caracteriza al Homicidio en Riña es que existan dos grupos (CNCriminal, Sala I, Causa 42.731).

En el caso, como vimos existió una cobarde agresión de tres personas contra una sola, quienes amedrentaron a los testigos del hecho que pudieron -mas no lo hicieron- ayudar a la víctima y quienes despojaron a ésta inmediatamente del elemento que éste se había provisto para mermar la posible agresión. La presencia de los imputados está acreditada, como así también la agresión de éstos hacia la víctima, con golpes de puño, patadas, palos y armas blancas. Estos golpes que, sumados a la aplicación del puntazo letal a una persona tirada en el suelo fuertemente golpeada, hacen evidente que el hecho se realizó no con ánimo de lesionar o de amedrentar a la víctima o de detenerlo en su potencial agresión, sino con inocultable ánimo homicida. Fidotto, Lescano y Olivera tomaron parte activa en la ejecución del hecho, y en tal carácter deben responder penalmente, por mandato del Artículo 45 del Código Penal. La sentencia en este punto también se encuentra correctamente fundada, y no es cierto "que no se sabe con precisión quién o quiénes de los protagonistas causaron la lesión que en definitiva produjo el deceso" como ligeramente afirma la Defensa, porque lo que el fallo indica, con encomiable claridad, es que siendo varios los agresores, y probada que todos proveyeron al resultado, éstos deben responder en calidad de co-autores.

El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala penal, en la causa "Carranza Rodríguez, Federico y otros"

-29/12/2008, La Ley Online- sostuvo que habiéndose establecido que lo que siguió después que la víctima cayera al piso, inconsciente a raíz de la trompada propinada por uno de los imputados, fue una brutal golpiza que contribuyó al desenlace fatal y habiéndose acreditado la coautoría de todos los acusados en dicho hecho, todos los actos propios de ese hecho en común deben imputarse a cada uno de los intervinientes -en el caso, se confirmó la resolución que condenó a los imputados como coautores del delito de homicidio simple-, en virtud del principio de imputación recíproca.

Teniendo en cuenta lo expuesto, considero que el hecho tal como fuera descripto en la sentencia, configura el delito de homicidio simple, previsto y penado por el art. 79 del Código Penal, y que tanto Hugo Daniel Olivera, Mauro Andrés Lescano y Gustavo Javier Fidotto, deben responder por él en calidad de co-autores, debiéndose en este entendimiento modificar la calificación legal oportunamente enrostrada por el Tribunal de Juicio.

Que en este orden, y en lo que hace a la solución que propicio, teniendo presente que no se ha interpuesto recurso de casación en favor de Gustavo Javier Fidotto, entiendo resulta procedente el efecto extensivo previsto por el art. 464 del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Misiones, a su respecto.

Por lo demás, en lo que hacen a los agravios en cuanto al monto de la pena impuesta y a la inaplicabilidad de normas que

regulan los montos de la pena de la prisión perpetua, teniendo en cuenta la solución que propicio, deviene inoficioso cualquier tratamiento al respecto.

Por las razones expresadas, y de los fundamentos expuestos precedentemente, de conformidad a las facultades otorgadas por el art. 484 primera parte del Código de Procedimiento Penal Provincial, Ley XIV- N° 13 -Digesto Jurídico; entiendo corresponde casar la sentencia atacada en cuanto a la calificación legal endilgada, de conformidad a lo expresado en los considerandos, con REENVIO al Tribunal de origen a fin de que se proceda a fijar la pena pertinente, dejándose expresa constancia que las restantes cuestiones traídas en el fallo que hacen a la existencia de los hechos y a la autoría, permanecen firmes al no tener relación de dependencia ni de conexidad con lo invalidado. Así voto.

Concedida la palabra a los Dres. Ramona Beatriz Velázquez, Froilán Zarza, María Laura Niveyro y Roberto Rubén Uset, dijeron:

Que adhieren al voto que antecede.

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

Que habiendo recepcionado las presentes actuaciones corresponde avocarme al análisis de la cuestión traída a estudio.

Que, sin perjuicio de no haber emitido opinión en ocasión de evaluar la admisibilidad del presente recurso lo cual fuera decidido mediante Resolución 09-STJ-2016, adhiero a la solución propiciada

por el Sr. Ministro Dr. Jorge Antonio Rojas en su voto, para el presente caso concreto. Así voto.

Concedida la palabra al Dr. Cristian Marcelo

Benítez, dijo:

Habiendo recepcionado el presente expediente tal como se dispusiera a fs. 47 y 49, corresponde avocarme al análisis de la cuestión traída a estudio.

En efecto, y sin perjuicio de no haber emitido opinión al momento del dictado de la Resolución N° 09-STJ-2016, teniendo en consideración la legislación vigente, doctrina y jurisprudencia acordes, adhiero al voto del Dr. Jorge Antonio Rojas.

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 al RECURSO de CASACIÓN

interpuesto en autos, y en su mérito **CASAR** la sentencia recurrida, en cuanto a la calificación endilgada, de conformidad a lo expresado en los considerandos, con **REENVIO** al Tribunal de origen a fin de que se proceda a fijar la pena pertinente, dejando expresa constancia que las restantes cuestiones traídas en el fallo que hacen a la existencia de los hechos y a la autoría, permanecen firmes al no tener relación de dependencia ni de conexidad con lo invalidado.

II) REGÍSTRESE, cópiese, notifíquese y oportunamente vuelvan los autos a origen como está ordenado, oficiándose a tales efectos.

d.s.