

ACUERDO N° 31 /2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veinticuatro días del mes de agosto del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los doctores **EVALDO D. MOYA y RICARDO T. KOHON**, con la intervención del señor Secretario de la Secretaría Penal, **Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA**, para dictar sentencia en los autos caratulados **"DÍAZ, JUAN LEONARDO - SERRANO, LEANDRO ARIEL S/ HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** (expte. n° 12-año 2015) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: I.- Que por sentencia n° 130/2014 el Tribunal de Impugnación, a la sazón integrado por los Dres. Liliana Deiub, Andrés Repetto y Federico Sommer, resolvió, en lo que aquí interesa: "...**II.- HACER LUGAR PARCIALMENTE A LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA POR LA DEFENSA Y REVOCAR** la sentencia n° 47/2011 dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Neuquén (...) por la que se condena a JUAN LEONARDO DÍAZ y LEANDRO ARIEL SERRANO, como COAUTORES PENALMENTE RESPONSABLES DEL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE, AGRAVADO POR LA PARTICIPACIÓN DE UN MENOR DE EDAD (arts. 79, 45 y 41 quater del Código Penal), a la pena de DIEZ AÑOS Y OCHO MESES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, más la accesoria prevista en el art. 12 del Código Penal por idéntico término y costas del proceso.- **III.- RECHAZAR PARCIALMENTE LA IMPUGNACIÓN ORDINARIA DEDUCIDA POR LA DEFENSA, Y EN CONSECUENCIA, CONFIRMAR** la sentencia N° 31 de fecha veintinueve de julio de 2009 dictada por la entonces Cámara en lo Criminal Segunda de esta ciudad,

por la que se condena a JUAN LEONARDO DÍAZ y LEANDRO ARIEL SERRANO, como autores penalmente responsables del delito de HOMICIDIO EN RIÑA (art. 95 C.P.), (...), a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO, con costas..." (fs. 1607/1625).

En contra de tal resolución, dedujo impugnación extraordinaria el señor Fiscal Jefe, Dr. Pablo Vignaroli (fs. 1626/1629).

Por aplicación de lo dispuesto en el art. 245 del C.P.P.N., se convocó a una audiencia oral y pública en donde las partes produjeron sus respectivas argumentaciones; en este contexto, la causa queda en condiciones de ser resuelta.

Llevado a cabo el pertinente sorteo, resultó que en la votación debía observarse por los señores Jueces el orden siguiente: Dr. Evaldo D. Moya y Dr. Ricardo T. Kohon.

Cumplido el procedimiento previsto en el art. 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes **CUESTIONES**: 1º) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2º) ¿Es procedente la misma?; 3º) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4º) Costas.

VOTACIÓN: A la **primera cuestión** el Dr. **EVALDO D. MOYA**, dijo: Sentado así el motivo de la impugnación extraordinaria, se impone el estudio de los recaudos mínimos de procedencia:

a) La misma fue presentada en término y por quien está legitimado para ello.

b) Por lo demás, ha sido deducida en contra de una sentencia definitiva.

c) Por último, los agravios enunciados -del modo en que han sido presentados y con total abstracción sobre la respuesta que merece el fondo del asunto- resultan captables dentro del supuesto previsto en el artículo 248, inciso 2º del C.P.P.N.

Ello así pues si bien las cuestiones de hecho y prueba o de derecho común son ajenas a la vía extraordinaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (y por consiguiente no cuadran en la norma local referida en el párrafo anterior), no es menos exacto que el reclamo de los apelantes se sustenta en supuestos de arbitrariedad fáctica y normativa que llevaría -siempre desde su punto de mira- a descalificar el fallo como acto jurisdiccional válido, aserto éste que fue acompañado del correspondiente desarrollo argumental en el recurso. Y dichas censuras, claro está, no pueden ser descartadas *a priori* en esta fase de análisis.

Al ser ello de esta forma, el recurso de control extraordinario ha superado los ápices formales inherentes a este tipo de impugnación y es admisible desde tal plano. Tal es mi voto.

El **Dr. RICARDO T. KOHON** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta primera cuestión. Mi voto.

A la **segunda cuestión** el **Dr. EVALDO D. MOYA**, dijo: **I.-** Según los términos de la presentación fiscal, la sentencia se habría dictado prescindiendo de los

medios de prueba producidos en el juicio oral y vulnerando las reglas de la sana crítica.

En su opinión, sería errónea la calificación legal del hecho en la figura del homicidio en riña (art. 95 del Cód. Penal). Dicha aserción se funda en que "...la víctima no participó de ninguna riña, altercado o escaramuza previa al hecho...", por lo que no sería ajustado a derecho "...Extender a él la participación de sus amigos..." (sic.).

Se explyea en el sentido que, a través de los testimonios de Cavalotti, Garré, Dimarco y Soto, habría sido posible reconstruir el aporte de cada uno de los sujetos activos en el delito. A tal fin, divide el hecho en etapas: a) en un primer momento, Garré y Dimarco, quienes eran amigos de Galar (la víctima), se acercaron al Peugeot Partner para recriminarle a su conductor, Chambla, por un incidente previo ocurrido en la calle Yrigoyen, y, acto seguido, Garré le asestó una trompada a Chambla, b) los ocupantes del vehículo descendieron y arremetieron en contra de Garré y Dimarco, quienes lograron escapar hacia el boliche "Eterno", c) recién entonces, Díaz, Serrano y el menor Zapata (ya que Chambla fue absuelto) arremetieron en contra de Galar, que había permanecido ajeno a la escaramuza: Zapata le asestó un golpe de puño en el rostro a Galar que lo dejó inconsciente, entonces, Díaz y Serrano, le aplicaron puntapiés en la cabeza y en el cuerpo que le provocaron la muerte; se daría, entonces, una coautoría de homicidio simple, agravado por la participación de un menor de edad, ejecutada con dolo eventual, que, según su punto de

vista, merecería una pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas.

Concluye descartando la riña con sustento en que no habrían existido agresiones recíprocas entre Galar y sus atacantes (por Zapata, Díaz y Serrano), sólo ellos lo golpearon, ni tampoco entre Garré y Dimarco con estos últimos. Es más, Galar ni siquiera habría intentado calmar a sus amigos o evitar la pelea.

Cita doctrina y antecedentes judiciales en apoyo de su postura.

II.- Que en la audiencia, fijada en los términos de los arts. 245 y 249 del C.P.P.N., las partes fundaron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida (cfr. acta de debate).

a) El Dr. Rómulo A. Patti afirmó que la instancia de control extraordinario está fundada en que el Tribunal de Impugnación hizo lugar parcialmente al recurso que había interpuesto la Defensa, calificando el hecho en la figura del homicidio en riña (art. 95 del C.P.), por lo que fijó la pena en tres años de prisión de cumplimiento efectivo.

Sostiene que estarían reunidas las exigencias relativas a la admisibilidad formal de esta vía impugnativa, por tratarse de una sentencia arbitraria y por existir doctrina contradictoria con un fallo anterior del Tribunal Superior de Justicia sobre la misma cuestión, en alusión a la sentencia dictada en el expediente n° 78/2008, "Zapata, Claudio Jonatan s/ Homicidio Simple", a quien se condenó por este tipo legal (arts. 32 y 248, inc. 2° y 3°, del C.P.P.N.).

En cuanto a la primera de las causales invocadas, sostiene que sería aplicable la figura de homicidio simple, agravado por la participación de un menor de edad (arts. 41 quater y 79 del Cód. Penal), desechando la calificación de homicidio en riña bajo el argumento que existiría una contradicción básica en el pronunciamiento del Tribunal de Impugnación, en tanto ponderó que Galar se mantuvo ajeno a la agresión de sus compañeros, pero que, en cierta forma, él intervino en los hechos, cuando Galar ni siquiera intentó aquietar a los contendientes.

Añade que la riña engloba una pendencia, una disputa, una quimera tumultuaria. Según Donna, la riña se caracteriza por la reciprocidad de las acciones y la violencia llevada adelante por la mutua agresión, sin que sea posible establecer el rol que tuvo cada uno de los protagonistas en la pelea, puesto que la individualización del autor, con los resultados concretos que fija la ley, lleva a un desplazamiento hacia el homicidio o las lesiones.

De acuerdo a las declaraciones testimoniales de Cavallotti, Garré, Dimarco y Soto, el hecho podría dividirse en dos etapas. En una primera instancia, cuando localizan a la Peugeot Partner, Garré se acercó por el sector del conductor, mientras que Dimarco lo hizo por el lado del acompañante, reprochando el episodio ocurrido en la calle Yrigoyen. Garré atacó al conductor, Chambla, lo que motivó que todos los pasajeros de la camioneta descendieran del vehículo para perseguir a los agresores, hasta que ellos ingresaron en el boliche "Eterno". La

segunda etapa, comienza cuando advierten la presencia de Galar. En ese momento Zapata, por entonces menor de edad, quien fue condenado en el fuero respectivo, le propinó una trompada en el rostro a Galar (equimosis interna en el labio inferior, cfr. autopsia), que provocó su caída y el estado de inconsciencia inmediato de la víctima; en ese estado, se materializó la agresión de Díaz y Serrano (Chambla fue absuelto), quienes le propinaron puntapiés en la cabeza y en el cuerpo, causándole lesiones cerebrales que provocaron su muerte. El testigo Cavallotti los identificó como aquellas personas que ejercieron violencia directa sobre el cuerpo de la víctima. Por el contrario, no se pudo acreditar que Galar hubiera intervenido en alguna clase de riña, o que hubiese intentado evitar la pelea con sus amigos.

Respecto al dolo, no hubo un concierto previo, pero cada uno materializó una contribución al resultado, en grado de coautoría, pues debían representarse, al menos con dolo eventual, que la acometida podía causar la muerte de la víctima. Por lo tanto, solicita que la sentencia sea revocada, se condene a los encartados en orden a la figura de homicidio simple, agravado por la participación de un menor de edad, en grado de coautoría, y se les aplique una sanción de quince años de prisión, accesorias legales y costas del proceso.

b) El Dr. Gustavo L. Palmieri, por su parte, puso énfasis en que tanto el señor Juez de Instrucción, como la otrora Cámara Criminal Segunda, de esta ciudad, coincidieron en la subsunción en el art. 95 del Cód.

Penal, mientras que, por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia, propició el encuadre legal del hecho en los arts. 41 quater, 45 y 79 del Cód. Penal, interpretando que el acto fue ejecutado con dolo eventual.

Como consecuencia de ello, los imputados padecieron dos años y seis meses de prisión preventiva, cumpliendo la pena en libertad, lo que se explica porque, como no tenían antecedentes penales, pudieron haber obtenido la libertad condicional a los ocho meses. Sin embargo, como ejercieron su derecho al recurso, cumplieron el periodo en privación de libertad.

Arguye que lo que se discute es hasta donde llega la constitucionalidad de la competencia en los supuestos de casación positiva; sentando posición en el sentido que, a su juicio, la condena sólo sería legítima en la medida que, un tribunal de juicio, establezca la responsabilidad penal, pero nunca un órgano de revisión.

Entiende que la Fiscalía intenta invalidar una sentencia en un caso donde la propia Corte Suprema de Justicia advirtió sobre la existencia de un riesgo de inconstitucionalidad. Aun cuando esta doctrina se estableció teniendo en miras el derecho al recurso, opina que la decisión se tomó porque hubo un error en la calificación legal.

Agrega que la parte acusadora se valió de una vía impugnativa formalmente inadmisibile (arts. 14 y 15 de la ley 48; art. 248, inc. 2º, del C.P.P.N.), pues no logró acreditar la arbitrariedad, sino que discrepa con la forma en que los jueces valoraron la prueba.

En relación con la hipótesis prevista por el art. 248, inc. 3º, del C.P.P.N., estima que la sentencia de responsabilidad, dictada por el Juez Penal del Niño y del Adolescente, en contra de Zapata, se habría dictado por el delito de homicidio en riña, pero no por el de homicidio simple. Recién cuando el caso llegó al Tribunal Superior de Justicia, por un recurso de casación presentado por la Dra. Finochietti, quien le atribuyó a Zapata la autoría de ese delito (ya no como partícipe), dicho órgano jurisdiccional dispuso condenar a Zapata por esa figura legal; y si bien esa sentencia quedó firme, ello se debe a que el recurso interpuesto por la Defensa Oficial fue extemporáneo. Entonces, no existiría contradicción, en la medida que la Corte ordenó la revisión del fallo, por directa aplicación de la garantía del doble conforme; de allí que, a su criterio, esta causal sea inadmisibile.

Interpreta, por vía de hipótesis que, si prospera el recurso presentado por la parte acusadora, se estaría afectando la garantía de la reformatio in pejus (art. 230 del C.P.P.N.), desde que, a partir de un recurso intentado por los imputados, receptado en forma favorable por la Alta Corte, se provocó una decisión ulterior del Tribunal de Impugnación, más beneficiosa para los enjuiciados.

Destaca, además, que la Cámara Criminal Segunda advirtió un problema constitucional: las partes acusadoras nunca le habían atribuido a los enjuiciados, hasta el momento de los alegatos de clausura, la intención de matar (voto del Dr. Castro); sin embargo, en

ese estadio procesal, la Fiscalía les atribuyó el dolo eventual. Por otra parte, afirma que el voto dirimente del Dr. Massei no estaría fundado, produciendo un menoscabo al derecho al recurso.

Postula que el recurso deducido por el Ministerio Público Fiscal sea rechazado, confirmando la sentencia que condenó a los imputados Díaz y Serrano por el delito de homicidio en riña. Es necesario, a su juicio, poner fin a la cuestión, tanto por el derecho de los imputados como por el derecho de las víctimas. Por lo demás, solicita que, a título ejemplar, se impongan las costas al Ministerio Público, tratándose de un caso que, incluso, llegó a la Alta Corte, para que los acusadores limiten su faena recursiva, de forma objetiva, a los casos en los que la decisión sea cuestionable; no en aquellos en que se reitera una pretensión punitiva, sin mayores fundamentos legales.

III.- Comenzaré el estudio del asunto propuesto a la consideración de esta Sala Penal, reseñando -en la forma más escueta posible- los fundamentos del fallo impugnado.

a) En ese marco, el basamento jurídico de la decisión emitida por el Tribunal de Impugnación es la siguiente: a) recién en los alegatos las partes acusadoras invocaron que los imputados actuaron con intención homicida (fs. 1620), b) de los informes médicos se desprende que la víctima falleció como secuela de "...por lo menos dos, sino tres puntapiés en la cabeza, no pudiéndose determinar efectivamente quién fue el autor material de la muerte..." (fs. 1620), c) el resultado

muerte se produjo como derivación de una acción "espontánea" de los encartados Díaz y Serrano, quienes, junto con Zapata (que, a esa fecha, era menor de edad), reaccionaron frente a la agresión sufrida por Chambla (quien pertenecía a su grupo), persiguieron a los compañeros de la víctima, Dimarco y Garré, quienes buscaron protección en el boliche "Eterno", para, en escasos minutos, identificar y agredir a Galar -el occiso- (fs. 1620/1620vta.), d) los encartados no se valieron de ningún elemento punzocortante o contundente para perpetrar su accionar delictivo (fs. 1620vta.), y e) que no puede "...escindirse en etapas diferenciadas un hecho que ocurrió en pocos minutos y que formó parte de la misma acción, ya que para los imputados y su grupo de amigos se trataba de la misma pelea..." (fs. 1622).

Descripta en prieta síntesis la argumentación precedente, resulta oportuno recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en multitud de precedentes, estableció que más allá de que los agravios pudieren tener vinculación con cuestiones de hecho, prueba y derecho común, ajenas a su competencia cuando conoce por la vía extraordinaria, las particularidades que exhiben determinados casos permiten hacer excepción a dicha regla, ya que a través de la doctrina de la arbitrariedad se procura asegurar las garantías constitucionales de defensa en juicio y el debido proceso, lo que amparan también al Ministerio Público Fiscal (cfr. C.S.J.N., Fallos: 199:617; 299:17; 307:2483 y 308:1557), exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente

con aplicación a las circunstancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 301:978; 311:948 y 2547; 313:559; 315:29 y 321:1909).

Tal situación de excepción, entiendo, se encuentra producida en la causa.

Esto lo afirmo, pues una simple lectura del legajo, que tramitó en gran medida de acuerdo a las previsiones del anterior sistema procesal, me permite aseverar que, en todas las instancias del proceso (iniciado por prevención policial), la imputación fue seguida en orden al delito de homicidio simple, agravado por la participación de un menor de edad, en los términos de los arts. 41 quater, 45 y 79 del C. P. (indagatoria de Serrano -fs. 141/144-, indagatoria de Díaz -fs. 152/155-, auto de procesamiento con prisión preventiva -fs. 354/364-, requerimiento fiscal de elevación a juicio -fs. 787/797-, auto de elevación a juicio -fs. 845/848-, presentación del caso por el Ministerio Público Fiscal -fs. 1109- y alegato final de la fiscalía -fs. 1125-).

Resta, entonces, hacer una breve alusión al elemento intencional.

Ya desde el auto de procesamiento con prisión preventiva se les atribuyó a los imputados el acto ilícito cometido con dolo eventual. Prueba de ello es que, a fs. 363/363vta., se valoró que: "...en momento alguno escapó al conocimiento de los agresores la naturaleza y entidad del feroz despliegue de fuerza que se materializó y las consecuencias de ello. Un acometimiento de tamaño magnitud (...), no puede tener otro resultado que el aquí acreditado. (...). Y el

conocimiento cierto de ello en ningún momento afectó el ámbito volitivo de quienes actuaron. (...), que si eventualmente no hubiere buscado ese resultado, si lo tuvo por cierto y efectivo y ello no modificó su conducta..." (sic.). Y, en sintonía con ello, pueden consultarse, también, las constancias de fs. 795vta., 1109 y 1125.

En todo caso, la cuestión se ciñe exclusivamente a determinar en qué consistió la intimación del hecho materializada en las declaraciones indagatorias prestadas por Serrano y Díaz. En dicho acto procesal, el por entonces señor Juez de Instrucción les enrostró que: "...junto a (...) haber atacado con golpes de puños y patadas en el cuerpo a Galar Pulley Jorge Javier provocándole lesiones diversas y un grave traumatismo cráneo-encefálico lo que le causara la muerte minutos después..." (fs. 141 y 152, respectivamente); y, tal descripción fáctica, la juzgo suficiente, pues permitió ejercer plenamente el derecho de defensa.

Cabe traer a colación, por su atinencia al presente pleito, un conocido precedente vinculado a la temática: "...67. Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la 'acusación' en el debido proceso penal vis-á-vis el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga

derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado 'principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia' implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación..." (C.I.D.H., "Fermín Ramírez Vs. Guatemala", cons. n° 67, del voto de la mayoría, rto. el 20 de junio de 2005).

A fin de cuentas, en esa etapa incipiente de la investigación no se podía exigir un mayor detalle en el aspecto subjetivo de la imputación; y, por otro lado, el impugnante no precisó que otro medio de prueba, diverso a los oportunamente propuestos, pudo haber presentado a fin de favorecer la situación procesal de los enjuiciados.

En consecuencia, tratándose de un argumento dirimente del fallo que no se corresponde con las circunstancias comprobadas de la causa, resulta descalificable como acto jurisdiccional válido conforme a una pacífica jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal Nacional (Fallos: 271:270; 276:261; 284:375; 300:362; 316:2464 y 2718; 324:3952, entre otros).

Al ser esto de esta forma, la sentencia n° 130/2014 emitida por el Tribunal de Impugnación debe ser

nulificada, como así también los actos anteriores que dependen de ella (art. 98 del C.P.P.N.).

IV.- Al retrotraerse el procedimiento al estadio fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su fallo de fs. 115/116 del incidente conexo que corre por cuerda, corresponde dar inmediato cumplimiento a su manda y otorgar en consecuencia la doble conformidad judicial al Acuerdo nº 47/2011.

Si bien la Sala Penal -con otra integración- fijó en su pronunciamiento de fs. 1583/1584 la competencia del Tribunal de Impugnación para tal menester, dicho temperamento no será continuado por los suscriptos, en el convencimiento de que ello implicaría subvertir el orden natural del control de las decisiones jurisdiccionales y, fundamentalmente, alterar el ámbito de la jurisdicción del Tribunal Superior fijado en la Constitución de la Provincia del Neuquén, en tanto coloca a este Cuerpo como "Tribunal de última instancia" (art. 242, inc. b), de la Constitución Provincial).

Por lo demás, aun ponderando el "principio de horizontalidad" que inspiró la remisión primigenia del legajo al Tribunal de Impugnación, no se colige de tal postulado que los magistrados que actuaron en funciones propias como máximo intérprete de la ley en el orden local puedan, válidamente, dejar en manos de jueces inferiores la potestad de confirmar o revocar su fallo.

Debo recordar que el mantenimiento del legajo en la misma instancia, aunque con la constitución de un Sala ad hoc o con magistrados diferentes que no hayan emitido opinión sobre el fondo del asunto, ha sido el

modo fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para garantizar el llamado "doble conforme" en situaciones análogas a las que aquí se presenta (Cfr. "Duarte, Felicia s/ recurso de casación", D.429.XLVIII, del 05/08/2014, cons. 7°).

En definitiva, participo de la opinión que debemos asumir la competencia revisora en relación al Acuerdo n° 47/2011, de la Sala Penal, que, en función de la nulidad declarada, recobró plena virtualidad; incluyendo aquellas cuestiones de hecho, prueba y derecho común que reclaman un examen pleno de las cuestiones planteadas por el recurrente, de conformidad con las singulares aristas que presenta el caso, que autorizan a excepcionar el restringido ámbito de actuación previsto por el art. 248, inc. 2°, del código adjetivo.

Incluso, la exégesis aquí propiciada ha tenido eco en un precedente que examinó la materia: "...8°) Que esta Corte reconoce que la doctrina de la arbitrariedad no la habilita a actuar como tribunal ordinario de alzada para el análisis y tratamiento de cuestiones no federales. No obstante, en esta oportunidad, deberá avocarse excepcionalmente a actuar como tribunal revisor, ya que de no hacerlo, la nueva sentencia condenatoria (...) no tendría instancia de revisión alguna y se conculcaría la garantía contemplada en el art. 8 inc. 2 h de la Convención Americana de Derechos Humanos, la que goza de jerarquía constitucional..." (Fallos: 330:5212, in re: "Argul", disidencia del Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni).

V.- En tal faena, cabe recordar que, por Acuerdo n° 47/2011, esta Sala Penal resolvió, en lo que aquí interesa: "...II.- **HACER LUGAR parcialmente a los Recursos de Casación** deducidos por el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Pablo Vignaroli, y la parte querellante, representada por los Dres. Ricardo Horacio Cancela y Laura Cancela, interpuesto por el motivo sustancial. III.- **CASAR** la Sentencia N° 31, de fecha 29 de julio de 2009, obrante a fs. 1147/1187, dictada por la Cámara en lo Criminal Segunda de esta ciudad, por errónea aplicación de la ley penal sustantiva (artículo 415, inciso 1°, en función del artículo 428 del C.P.P. y C.). VI.- **CONDENAR en definitiva a JUAN LEONARDO DÍAZ y LEANDRO ARIEL SERRANO, como COAUTORES PENALMENTE RESPONSABLES DEL DELITO DE HOMICIDIO SIMPLE, AGRAVADO POR LA PARTICIPACIÓN DE UN MENOR DE EDAD (arts. 79, 45 y 41 quater del Código Penal),** por el hecho perpetrado el 17 de julio del año 2006 en contra de Jorge Javier Galar, a la pena de **DIEZ AÑOS Y OCHO MESES DE PRISIÓN DE CUMPLIMIENTO EFECTIVO,** más la accesoria prevista en el art. 12 del Código Penal por idéntico término y costas del proceso. V.- **RECHAZAR el Recurso de Casación** deducido por el Sr. Defensor Particular, Dr. Juan Carlos Ríos Iñiguez, a favor de Leonardo Ariel Serrano. VI.- **RECHAZAR el Recurso de Casación** deducido por el Sr. Defensor Particular, Dr. Gustavo Eduardo Palmieri, a favor de Juan Leonardo Díaz...." (fs. 1317/1354vta.).

En contra de tal resolución, dedujo impugnación ordinaria el señor Defensor Particular, Dr.

Gustavo E. Palmieri, a favor de **JUAN LEONARDO DÍAZ y LEANDRO SERRANO** (fs. 1590/1597).

En concreto, el Dr. Palmieri pretende que se dicte la absolución de sus representados en función de la supuesta arbitrariedad de las decisiones adoptadas y la presunta absurdidad en la valoración del material probatorio.

a) En primer lugar, sostiene que se habría valorado en forma arbitraria la evidencia producida en el juicio -lo que denomina como "defectos formales"-, contrariando las reglas de la sana crítica (fs. 1593).

Dicho déficit se haría patente, en lo relativo a la prueba testimonial y a la evidencia científica, porque se descartaron cuestionamientos introducidos por la Defensa sin brindar razones válidas para ello, especialmente en lo atinente a la causa de la muerte de Galar, su mecanismo de producción y probables intervinientes o partícipes, así como también en relación a la falta de credibilidad de los testigos (sobre todo Cavallotti, quien habría practicado una identificación en la etapa de investigación del caso); rechazándose la hipótesis alternativa de la Defensa en cuanto a la autoría.

Asimismo, respecto a la determinación de la pena, alega que se habrían vulnerado los principios constitucionales de proporcionalidad y dignidad de las penas.

Por otra parte, se habrían conculcado las garantías del debido proceso y del juicio previo, así como el principio de congruencia, al modificarse la

teoría del caso (base fáctica por la que fueron juzgados y hallados responsables los imputados), a través del mecanismo de la casación positiva, "mutando" el objeto del proceso penal.

Invoca, en última instancia, la aplicación de los principios de presunción de inocencia y de la duda.

b) En segundo lugar, señala que existirían "defectos sustanciales" que implicarían una seria afectación del principio de legalidad penal -art. 18 de la C.N., art. 1 C.P.P.N.- (fs. 1595).

Así, se habría aplicado erróneamente la ley sustantiva, a partir de una *"...ilógica y aparente motivación de la acreditación del elemento subjetivo de la figura del art. 79 del Cód. Penal, cuanto en los elementos objetivos y subjetivos del art. 95 del Cód. Penal, a partir de un razonamiento sostenido en una 'ficción de autoría' y desconociendo la vigencia del principio de culpabilidad..."* (sic.).

A tal fin, propone que se tengan presentes los siguientes documentos: a) las actas de debate y la video-grabación del juicio, b) las sentencias impugnadas (del Tribunal Superior de Justicia y de la otrora Cámara en lo Criminal Segunda, de esta ciudad), y c) la resolución adoptada por la Alta Corte en el recurso de queja.

Hizo reserva del caso federal.

VI.- Asimismo, en la audiencia celebrada ante el Tribunal de Impugnación, en fecha 23 de octubre de 2014, las partes desplegaron sus respectivas alegaciones (cfr. video-filmación).

a) La Defensa Particular, a cargo del Dr. Gustavo E. Palmieri, plantea, como cuestión preliminar, que se disponga una postergación de la audiencia.

Comienza señalando que la Corte Suprema ordenó que se cumpla con la garantía del doble conforme en relación a la sentencia dictada por la Sala Penal, del Tribunal Superior de Justicia, que hizo lugar parcialmente a un recurso de casación deducido por el Ministerio Público Fiscal, modificó la teoría legal, e impuso una condena de efectivo cumplimiento, muy superior a la que los imputados habían recibido en el fallo de primera instancia.

Explica que los videos de la audiencia oral le fueron entregados por la Oficina Judicial con poco tiempo de antelación, por lo que solicita la suspensión de la audiencia a fin de poder ejercer debidamente su tarea profesional, en salvaguarda del derecho de defensa, y teniendo en cuenta las dificultades que presenta el caso: el fallo de la Alta Corte deja en un "cono de sombra" (sic.) la materia a impugnar; situación que, según relata, habría consensuado con la Fiscalía.

b) Por su parte, en representación del Ministerio Público Fiscal compareció la señora Fiscal Jefe, Dra. María Dolores Finochietti, quien se conformó con la suspensión de la audiencia, en atención a la gravedad del caso, más allá de los motivos invocados, así como también para preservar el derecho de defensa. Y, en lo que hace a la labor Fiscal, señala que durante el juicio estuvo presente el Dr. Vignaroli (si bien la Dra. Finochietti acusó en el caso del menor).

c) Por voto mayoritario, el *a quo* hizo lugar al planteo preliminar de la Defensa.

VII.- Con fecha 9 de diciembre de 2014, a las 8:00 horas, se celebró nueva audiencia ante el Tribunal de Impugnación.

a) El Dr. Gustavo E. Palmieri, en ejercicio de la defensa técnica de los imputados alegó que el 5 de agosto de 2014 la Corte hizo lugar a un recurso extraordinario federal y dispuso que se preserve el doble conforme. En su opinión, en el Acuerdo emitido por el Tribunal Superior de Justicia se habría desoído la garantía prevista por el art. 8.2.h de la C.A.D.H., respecto a los encartados Díaz y Serrano, en tanto se trataría de una hipótesis de casación positiva que contravendría la garantía del juicio previo y su derecho a la jurisdicción.

a.1) Al respecto, se pregunta cuál es el alcance de la impugnación, si se ciñe a cuestionar el Acuerdo de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, que calificó el hecho como homicidio simple, agravado por la participación de un menor de edad, cometido con dolo eventual, o alcanza, también, a la sentencia de la por entonces Cámara de Juicio en lo Criminal Segunda, de esta ciudad, que los condenó por la figura de homicidio en riña; interpretando que la impugnación se haría extensiva a ambas sentencias judiciales (tratándose de un supuesto de casación positiva), poniendo en evidencia que, en su opinión, los imputados habrían cumplido la pena impuesta por la otrora Cámara Segunda.

Por otro lado, postula que los órganos de revisión podrían mejorar la situación de los imputados, pero no agravarla (tan sólo tendrían competencia para anular aquellas decisiones inválidas y ordenar un reenvío).

a.2) Plantea que las sentencias puestas en crisis serían arbitrarias, por valorar la prueba de forma absurda.

En este sentido, cuestiona tres aspectos de las decisiones: 1) la materialidad del hecho, es decir, la forma en que se estableció cómo sucedió el delito, 2) la coautoría, que tilda de ficticia, en cuanto a la forma en que se determinó quienes intervinieron en la agresión que causó la herida mortal de Galar, y 3) la teoría legal del caso, en relación a la calificación legal, que estima errada; expidiéndose por la anulación total de ambas sentencias y la absolución de los encartados, o, en subsidio, confirmar la sentencia de la Cámara Segunda (art. 95 del Cód. Penal), excepto en lo concerniente a la determinación judicial de la pena.

Añade que, para la Fiscalía de Delitos Juveniles hubo un solo agresor: Zapata, mientras que, para la Fiscalía del Caso, fue una agresión ejecutada por varias personas.

Por otra parte, señala que el Dr. Castro, en su rol de Juez de Cámara, anticipó que la Fiscalía introdujo tardíamente la cuestión del dolo eventual y que no observaba, en las proposiciones fácticas de la acusación, ninguna referida a homicidio simple con dolo

eventual; extremo que nunca se les habría atribuido a los imputados.

El debate giró, a su modo de ver, en torno al modo de producción de las lesiones, porque las declaraciones testimoniales eran, según interpreta, contradictorias (Dres. Scutteri, Losada y Flores, médicos forenses). Destaca que el Dr. Scutteri puso énfasis en la lesión de la víctima: traumatismos múltiples severos (producto de varias lesiones); y, cuando fue interrogado (el cráneo de Galar no presentaba lesiones exteriores visibles) dijo que el óbito se habría originado por la suma de lesiones (no por una en particular). Lo que no pudo establecer es si las lesiones fueron ocasionadas por una o varias personas; y objeta que no se produjo una pericia complementaria sobre el cuero cabelludo de la víctima, que podría haber arrojado evidencia científica certera sobre este aspecto del caso. A su turno, critica la labor desempeñada por el Dr. Flores, quien abundó en el posible efecto rebote padecido en el cráneo de Galar (no lo pudo afirmar, sólo dijo que era posible). En cuanto al Dr. Losada, indica que hizo referencia al traumatismo severo, pero cuestionó -o puso en duda en la audiencia- la posibilidad de que el golpe mortal hubiera sido efectuado por el menor Zapata, porque en el procedimiento se le secuestró la zapatilla y no le hallaron restos orgánicos.

Pasa a ocuparse de la prueba testimonial, manifestando que las expresiones no eran coincidentes. La ex Cámara Segunda dijo que el testigo privilegiado (por haber observado el hecho en su totalidad), Cavallotti,

era creíble: que Garré y Dimarco le recriminaron al chofer de la camioneta el incidente previo (en calle Yrigoyen), uno lo le propina una agresión (el que estaba sobre el lado del conductor), y allí los jóvenes que iban en el furgoneta persiguieron a sus agresores (no a Galar). Por aplicación del proceso de reconstrucción histórica (heurística), lo concreto era que había varias personas en el lugar.

Entrando de lleno a la crítica del voto del Dr. Castro, en lo atinente a la credibilidad asignada a Cavallotti, señala que dicho magistrado, para tomar su decisión, habría desacreditado a los demás testigos del hecho. En especial, a dos testigos directos: Lamilla y Cárdenas, personas que contaron su versión de lo sucedido, por haberlo presenciado, pero que no estaban vinculadas con ninguna de las partes del litigio.

La señora Cárdenas dijo que después del golpe el chico cayó al piso, le dio otro golpe más en el estómago (una patada, que también fue muy violenta). A Galar lo vio caer muy cerca. Después no vio más golpes, propinados por otras personas, porque casi inmediatamente después llegó la policía, que redujo al agresor. Lamilla, por su parte, declaró que una persona atacó a la otra, que cae al piso. No sabe cuántas personas bajaron de la camioneta. Sólo vio al agresor (una persona robusta), que propinó el golpe en el cuello; y que la persona demorada fue la misma que aplicó el golpe. Sin embargo, objeta que el Dr. Castro ponderara que era probable que estas personas estuvieran distraídas; conclusión inverificable, para neutralizar el valor de sus dichos, pero que no

surge de lo manifestado por las testigos. En realidad, según el Dr. Palmieri, los dichos de Cárdenas y Lamilla se contraponían con lo señalado por Cavallotti; de allí que, para el letrado, el voto del Dr. Castro no aparecería ajustado al principio de razón suficiente; y el fallo del Tribunal Superior de Justicia habría obviado, a su parecer, este argumento de la Defensa (55:00 min., primer video).

Alude al testimonio de Cavallotti (que estaba estacionado con su taxi detrás de la camioneta). Este testigo, a diferencia de las anteriores, dice que se le acercan todos, lo rodean, y uno de ellos le propina un golpe tremendo a la víctima, directamente a la cara, vio que la víctima azotó su cabeza en contra de una pared de piedra laja, y cayó de una manera que se asustó mucho, boca abajo y no se movió (sólo por los golpes que recibía). Hasta ahí, coincide con Lamilla y Cárdenas. Pero, luego, Cavallotti se acercó al lugar, tomó a uno de los agresores del brazo, que se detuvieron, salvo el más robusto (por Zapata, por entonces menor de edad) que fue inmovilizado por la policía. Remarca ciertas fisuras de Cavallotti: estas personas le siguen pegando a la víctima en la cara, el gran golpe fue directo a la nariz, calcula que todos pegaban patadas. Es más, Cavallotti participó de una rueda de reconocimiento de personas, donde se materializó un contraexamen: no recordó quién pegó el golpe más fuerte (recién al refrescarle la memoria, por sus dichos permitió inferir que era Zapata), y existió una controversia respecto a quien llevaba el cinturón (si

Chambla o Díaz) y respecto a si eran tres masculinos los que pegaban.

Ya, en relación a las declaraciones de los policías, opina que la versión brindada en el juicio estuvo contaminada, en un aspecto central, por información periodística. En la investigación dijeron que cuando llegaron al lugar tuvieron dificultades en demorar a Zapata, que estaba exaltado, mientras que a los demás, "...los vimos como espectadores..." (1:08 hs., primer video). Alude a Soto (que llegó con Castillo), quien fue objeto de contraexamen: había más personas, pero no podía especificar que hacían. Lora, personal de seguridad del boliche "Eterno": ve a un chico que le pega a la víctima; en el contraexamen: confirma que había tres o cuatro personas más alrededor de Galar, que no vio que le pegaran al occiso, los ubica a 1,5 metros de distancia. Estos dichos, también pondrían en crisis los dichos de Cavallotti, son versiones opuestas entre sí; cuestión que la Cámara salvó señalando que podrían haber visto un tramo del hecho.

También habrían variado el sentido de sus declaraciones Garré y Dimarco. En dos declaraciones policiales, y una judicial, Garré negó haber visto que le pegaran a Galar, lo que sí afirmó en el debate: vio a un morocho que le pegaba; no sabe si observó al cinturón, si vio a otras personas golpeándolo. En relación a Dimarco, subraya que, cuando llegó a Eterno, vio que tres o cuatro personas le asestaban golpes a Galar, reconociendo que, luego de la intervención de la policía, sólo quedó Zapata. Antes, no habría precisado quiénes eran las

personas que le pegaban. Tampoco presenció el duro golpe señalado por Cavallotti. En síntesis, estas dos declaraciones tampoco fueron valoradas. Es decir, la ex Cámara de Juicio en lo Criminal Segunda, de esta ciudad, únicamente evaluó a Cavallotti, descartando al resto de los testimonios.

Agrega que no habría certeza sobre el modo en que se desarrolló el hecho, por la existencia de prueba testimonial contradictoria y la insuficiencia de la prueba científica; los argumentos utilizados para desconocer las versiones de Lamilla y Cárdenas es, a su juicio, muy endeble, en función del principio de la duda. Por ello, solicita la anulación del Acuerdo n° 47/2011 y la absolución de Díaz y Serrano por el beneficio de la duda.

Respecto de la teoría legal del caso, refiere que la otrora Cámara de Juicio en lo Criminal Segunda, de esta ciudad, subsumió la conducta en el tipo previsto en el art. 95 del Código Penal, postulando la anulación parcial del fallo con sustento en que no se habría intimado a los imputados su comisión con dolo eventual, y, en subsidio, si se mantiene esa calificación legal, que critica en sus aspectos objetivo y subjetivo, solicita que la pena sea dejada en suspenso en función de sus circunstancias atenuantes y agravantes.

b) El señor Fiscal Jefe, Dr. Pablo Vignaroli, comenzó la réplica centrándose en los alcances que, a su juicio, tendría la impugnación ordinaria; es decir, si se limita a lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia o si, por el contrario, también se extiende a lo que

decidió la Cámara de Juicio en lo Criminal Segunda, de esta ciudad. En este sentido, se pronuncia a favor de la primera de las alternativas, porque -según afirma- la Corte se refiere a ese fallo, y, además, el Tribunal Superior de Justicia, en cuanto rechazó el recurso -de casación- deducido por la Defensa habría respondido los agravios vinculados a la autoría.

En relación a la prueba científica, señala que no debe desconocerse el objeto de la pericia médica, pues la cantidad de sujetos que agredieron a la víctima debe colegirse únicamente de un análisis conjunto de los medios de prueba reunidos a lo largo del proceso. Así, los Dres. Flores, Scutteri y Losada habrían coincidido en decir que la víctima fue agredida reiteradamente en la cabeza; mientras que Losada fue más allá, encargándose de aclarar que el menor Zapata no pudo haber sido el que aplicó puntapiés (cfr. pericia sobre la zapatilla secuestrada).

En cuanto a la prueba testimonial, critica la postura de la Defensa -en lo atinente a la credibilidad asignable a la misma- aduciendo que Cavallotti se vio venir lo que iba a pasar porque estaba más atento que Lamilla y Cárdenas; apreciación que se compadecería con la prueba científica. En esa dirección, remarca una primera diferencia: Cavallotti dijo que el primer golpe fue en la cara y que Galar cayó inconsciente (cfr. autopsia: equimosis en el labio inferior, a lo que el Dr. Losada añade que Galar quedó knock out), al contrario de Lamilla y Cárdenas, para quienes el puñetazo fue dado en la nuca. Es más, los dichos de Cavallotti estarían

avalados, desde un principio, por la versión de Garré y Dimarco (fs. 172, 174 y 176).

Relata que Cavallotti tenía una mejor condición de observación, ya que era un taxista acostumbrado a manejar en la calle y pudo ver todo lo ocurrido (identificando a Díaz y Serrano como quienes golpearon a Galar cuando estaba en el piso), al igual que Garré y Dimarco, pues eran perseguidos por el grupo agresor, y, los policías del local bailable, por ser alertados por estos últimos, mientras que Lamilla y Cárdenas, eran dos jóvenes que caminaban por el lugar; por ende, la duda en torno a la autoría habría sido desvirtuada.

Respecto de la calificación legal de homicidio simple, agravado por la participación de un menor de edad, cometido con dolo eventual, sostiene que se derivaría de que los imputados aplicaron patadas a la cabeza de Galar, que estaba tirado en el piso, representándose que ese accionar iba a producir la muerte de la víctima.

Arguye que el hecho tuvo tres secuencias: 1º) el incidente producido en la calle Yrigoyen, en donde la camioneta habría rozado a Galar, Garré y Dimarco mientras cruzaban la calle, 2º) En Av. Argentina y Belgrano, Garré y Dimarco le recriminan al conductor del automóvil lo sucedido, incluso el primero de ellos le pega, por lo que los pasajeros del vehículo bajaron y los corrieron, y 3º) encuentran a Galar y comienzan a agredirlo. Por ello, descarta la riña, ya que Garré y Dimarco provocaron la situación (21:15 min., tercer video), pero no Galar, que

estaba con las manos en los bolsillos, y, por pertenecer al otro grupo, lo mataron. Hubo, a su criterio, una coautoría funcional, con la intención o representación de que podían matarlo: todos los golpes provocaron que falleciera.

c) En uso de la última palabra, el señor Defensor hizo mención a las actas de indagatoria (fs. 141/145 y 152/156) a fin de alegar que la imputación no estuvo bien dirigida: "...no se les atribuyó haber dado golpes a la cabeza..." (27:25 min., del tercer video).

Discrepa en relación a que para que haya homicidio en riña debe haber un acometimiento recíproco, señalando que es una figura residual, y que, en cualquier caso, no integró la proposición fáctica de la Fiscalía. Cita el voto del Dr. Fayt en el precedente "Antiñir", de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sumado a ello, no se habrían individualizado los golpes que, en concreto, provocaron la muerte, haciéndose una vaga alusión -en esta instancia del proceso- a su sumatoria.

Por otra parte, los testigos Lamilla y Cárdenas estuvieron presentes en el sitio donde se produjo el hecho, al igual que Cavallotti, más allá de las primeras relataran que el golpe fue en la nuca y el segundo que fue en la cara, siendo una inferencia inválida la relativa a que ellas iban distraídas; y, además, Cavallotti dijo no tener certeza (32:45 min.).

En la medida que la C.S.J.N. no le puso un límite al recurso, opina que se ordenó una revisión

integral, debido a que la oportunamente efectuada sería errónea.

VIII.- Se impone llevar a cabo el análisis de los recaudos mínimos de procedencia:

a) La impugnación ordinaria fue presentada en término, por parte legitimada para ello, y está dirigida en contra de una sentencia definitiva.

b) Por lo demás, la misma resulta autosuficiente, desde que es posible conocer cómo se configuran -a juicio del recurrente- los motivos aducidos y la solución final que propone.

Por consiguiente, estimo que el recurso de control ordinario debe ser declarado, desde el plano estrictamente formal, admisible (arts. 233, 239, 242 y 246, inc. 3º, del C.P.P.N.). Tal es mi voto.

IX.- Llegados a este punto, estimo que el Acuerdo n° 47/2011, emitido oportunamente por la Sala Penal, debe ser confirmado en su totalidad.

En primer término, y por razones de índole metodológica, responderé los agravios tendientes a cuestionar el método de valoración de la prueba, que, desde su óptica, se habría llevado a cabo de manera arbitraria y absurda, desoyendo expresos planteos de la Defensa, a la vez que contrariando los principios de razón suficiente y de la duda.

a) Inmerso en esa tarea, comenzaré por el estudio de la temática referente a la materialidad del acto ilícito reprochado.

a.1) Sobre el particular, el señor Defensor Particular remarcó ciertas contradicciones que, en su

opinión, habría entre las diferentes pericias médicas practicadas al occiso, así como también entre las sucesivas declaraciones testimoniales prestadas por los galenos en el debate; en especial, puso énfasis en las siguientes temáticas: a) la causa o el mecanismo de producción de la muerte: mientras el Dr. Scutteri hizo alusión a traumatismos múltiples severos, a raíz de varias lesiones, su colega, el Dr. Flores, se refirió a un posible efecto rebote acaecido en el cráneo, como consecuencia de los puntapiés recibidos, y b) los probables partícipes del delito: para el Dr. Scutteri, pudieron ser una sola o varias personas, sin embargo, el Dr. Losada, sembró duda respecto a que Zapata ocasionara el golpe mortal, pues no se hallaron restos de material orgánico en su zapatilla (Dr. Losada).

En relación a esta crítica, observo que en el Acuerdo impugnado se estableció que las pericias médicas no fueron categóricas en relación con "...el número de lesiones propinadas y de atacantes...", en cuya virtud no resultaron un medio de prueba apto para arrimar certeza sobre esta cuestión; no obstante, lejos de omitir su cometido, los señores Vocales, al igual que los magistrados que intervinieron en el juicio oral y público, acreditaron dicho extremo legal con prueba testimonial (fs. 1344vta.).

Cabe aclarar que, en la sentencia n° 31/2009, el a quo se había ocupado de la causa de la muerte, subrayando la plena conformidad de los tres médicos forenses en relación a este punto; el Dr. Flores, que practicó la autopsia, el Dr. Losada, que dictaminó sobre

el material fotográfico disponible de la autopsia, y el Dr. Scutteri, como médico patólogo. Todos coincidieron en que Galar presentaba: "...severas lesiones en el encéfalo, con grandes hemorragias en los laterales, frente y tronco cerebral, que produjeron el deceso en muy poco tiempo..." (fs. 1149vta.).

Esa conclusión se corresponde con la autopsia, prueba en la que el Dr. Flores comprobó la existencia de "...lesiones en el tejido cerebral y vasculares (...) y hemorragia intracerebral, principalmente a nivel del tronco encefálico, lo que ocasionó el óbito en forma inmediata. (...). La muerte (...) se produjo por hemorragia intracerebral por traumatismo cráneoencefálico grave..." (fs. 228); a su vez, el Dr. Losada dijo que la víctima: "...recibe dos golpes romos, altamente compatibles con puntapiés porque dejan en la galea impronta cuadriforme, con hematoma subyacente. Esos golpes fueron propinados en direcciones distintas, uno de izquierda de atrás adelante y otro de la derecha de adelante atrás, por lo que puede afirmarse que se trata en ambos casos de personas diestras, observándose además que los hematomas tienen forma regularmente cuadriforme y de distinto tamaño, por lo que es compatible con dos personas distintas..." (fs. 324), agregando más adelante que: "...Su muerte se debió a una lesión centrada en el tronco cerebral, sobre el eje protuberancia bulbo raquídeo. Estas lesiones son mortales en forma inmediata. (...) Ha recibido al menos tres impactos. Éstos son los golpes recibidos en vida, luego pudo haber sido golpeado, pero ya había muerto..." (fs.

493); y finalmente, los Dres. Scutteri y Cabaleiro, se explayaron en el diagnóstico: "...congestión meníngea y hemorragia subaracnoidea difusa. Hemorragia de ventrículos laterales. Parénquima cerebral y base de tronco encefálico con congestión vascular y áreas de extravasación perivascular..." (fs. 545/548, el original aparece en mayúsculas).

Y, si prestamos atención al estudio de las zapatillas de Zapata, en las que no se encontraron "...fluidos biológicos..." (fs. 982), podemos concordar con el Dr. Losada en que ello pudo haberse debido al extenso periodo transcurrido entre el acto investigado y el informe forense.

De las reflexiones efectuadas se deriva, siguiendo los cánones de la sana crítica racional, que este tramo de la censura no es dirimente para zanjar el pleito. Los médicos aportaron elementos muy significativos en orden a esclarecer la materialidad del hecho (lesiones que presentaba el cadáver y causa probable de la muerte), más allá de algunas discrepancias menores que no resultaron determinantes a la hora de definir a sus autores.

a.2) La censura se focalizó, en paralelo, en hacer notar las discrepancias del recurrente con la manera en que se valoró la prueba testimonial; que es, en definitiva, lo que decidió a la otrora Cámara de Juicio en lo Criminal Segunda, de esta ciudad, y luego a la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, a reprocharles la coautoría del acto ilícito tanto a Díaz como a Serrano.

El gravamen consiste en que, para alzaprimar la versión de Cavalotti, se habrían desechado otros testimonios que sembrarían duda sobre la materialidad del hecho y su autoría. En concreto, las declaraciones de Cárdenas y de Lamilla, en función de una conclusión inverificable: que las deponentes pudieron haberse distraído; las versiones de los policías Soto y Lora, porque quizás se contaminaron con alguna información periodística; y las testimoniales de Garré y de Dimarco, con sustento en que las mismas sufrieron alteraciones con el transcurso del tiempo (cfr. pto. VII.- a.2).

A modo de introito, cabe recordar la posición de la Alta Corte en torno a esta cuestión: "...24)...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. (...). 25) Que se plantea como objeción, que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación. Si bien esto sólo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto

también el tribunal de casación puede revisar criterios..." (Fallos: 328:3399, in re: "CASAL", voto de los Dres. Enrique S. Petracchi, Juan C. Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y Ricardo L. Lorenzetti).

a.3) Bajo esta línea conceptual resolveré este motivo impugnativo, ocupándome, en primer término, de la situación procesal del imputado Juan Leonardo Díaz.

Con relación a este imputado, la Sala Penal citó un largó pasaje de la sentencia de la Cámara de grado: "(...) Díaz sí estaba entre los que salieron de la parte trasera de la Partner (como dice el testigo [por Cavallotti] que hizo el que él identificó -además de Serrano); Díaz mismo se sitúa cerca de Galar y Z., aunque dice que sólo para separar al último. Chambla no sólo los ubica a Z. y a él junto a Galar discutiendo con éste, sino que le atribuye exactamente el mismo movimiento que a Zapata, por el cual dice que éste golpeó (con el puño) a la víctima; no dice que le conste que Díaz alcanzara a golpear, pero sí que vio un movimiento idéntico al de Z. [...] De las testimoniales de Cárdenas y Lamilla [...] resulta que la última (Lamilla) vio o percibió (cree haber visto) uno que se bajó de la camioneta y se dirigió directamente a pegarle a Galar. (...). En este contexto la identificación de Cavallotti, si bien le atribuye haber llevado el cinturón (cosa que vio, indudablemente, en Chambla), situándolo entre los que golpeaban a Galar, hace también prueba razonable en su contra [...] Las circunstancias que lo rodean, su propia ubicación cerca del cuerpo caído, el señalamiento por Chambla, que es casi una denuncia [...] el vínculo con dos de las

adolescentes que estuvieron en la escena, neutralizarían la duda que surge de la vinculación (falsa, evidentemente) que hace de Díaz con el cinturón..." (fs. 1331/1331vta., la aclaración me pertenece).

Tengo para mí, entonces, que la atribución de participación de Díaz en la figura delictiva, en grado de coautor, se estableció en base a los siguientes medios de prueba: a) la identificación de Cavallotti, en la rueda de personas (fs. 1160/1160vta., en función de fs. 183/183vta.), b) el descargo del propio enjuiciado, que se ubicó cerca de Galar y Zapata, c) los dichos de Chambla, en cuanto observó que Díaz -que estaba de espaldas- efectuó un movimiento con el brazo, similar al que antes había ejecutado Zapata (fs. 1154), y d) el relato de Lamilla, que advirtió que uno de los jóvenes que se bajaron de la camioneta golpeó al fallecido (cfr. fs. 1157).

Por consiguiente, no es cierto que el fallo funde, única y exclusivamente, la autoría de Díaz en la versión de Cavallotti, máxime si se repara en que Chambla, que fue absuelto e integraba el mismo grupo que Díaz, lo identificó como uno de los agresores.

a.4) En lo que respecta a Leandro Ariel Serrano, aquí sí cobró una mayor relevancia la identificación y el testimonio de Cavallotti.

En la pieza procesal atacada, la Sala Penal, conformándose con lo ponderado por el *a quo*, señaló que: "...Cavallotti (...) ubicó a Serrano agrediendo a Galar (cfr. acta de reconocimiento de fs. 183, incorporada por lectura y sus dichos en el debate [evocados en la

sentencia a fs. 1159vta. y ss., y su evaluación hecha a fs. 1166 y ss.])..." (fs. 1339vta.), "...por el brevísimo lapso que transcurrió entre la golpiza y la presencia policial es muy probable que los atacantes no hubieran tenido tiempo de regresar a la camioneta sin ser advertidos (tal como lo hicieron Chambla y Larrat), mezclándose con el resto de la gente como si fueran 'espectadores' (fs. 1169), lo que daría crédito también al señalamiento de ese testigo sobre Serrano..."; con todo, la versión del Sargento Carlos Alberto Soto fue compatible, en algunos aspectos, a la del testigo ya mencionado (fs. 1340vta.).

Asimismo, el Dr. Emilio E. Castro, que actuó como Juez ponente de la Cámara que tuvo a su cargo el juicio oral y público, refirió -en relación a Cavallotti- que: "...Preguntado (debate) dijo que [en las ruedas] había algunos de los que vio golpear; cree que el del cinturón y el de pelo largo. Dice luego que está seguro que los que reconoció eran los que estaban pegando..." (fs. 1160vta.).

Vale decir, por lo tanto, que este testigo fue concluyente para acreditar la autoría de Serrano en el acto ilícito reprochado. Nótese que, según apreció la Cámara, "...El testigo sacó a uno de los atacantes, de pelo largo..." (cfr. fs. 1160/1160vta., y 1169).

a.5) Desde ya comparto los criterios de ponderación tomados en cuenta por la Sala Penal -si bien con otra integración, y, anteriormente, por el *a quo*- para considerar de suma trascendencia el testimonio de Cavallotti (fs. 1329vta./1330, en función de 1166/1167).

Sintetizando: 1º) no estaba vinculado con ninguno de los dos grupos antagónicos, 2º) manejaba su taxi justo por detrás de la Peugeot Partner, presenciando el primer incidente (sobre calle Yrigoyen) y previendo que iba a haber pelea (Dimarco, Garré y Galar apuraron su paso para interceptar a la camioneta en Av. 9 de Julio y Belgrano), y 3º) estaba atento a todo lo que sucedía, además, tenía una posición privilegiada.

No hay controversia al respecto, únicamente se cuestionó que se hubiesen desechado las otras deposiciones. Sin embargo, los dichos de Lamilla fueron significativos a la hora de demostrar la autoría del imputado Díaz (no alcanza con decir, sin más, de un modo genérico, que se obvió su relato porque caminaba con su amiga -por Cárdenas- distraída); los policías y empleados de seguridad del boliche "Eterno" no pudieron aportar datos de importancia sobre la acción homicida porque estaban cumpliendo sus funciones y sólo se arrimaron al lugar cuando Garré y Dimarco, que lograron escapar, les solicitaron auxilio; estos últimos, por las razones que se acaban de exponer, no estuvieron en condiciones óptimas para identificar la conducta de cada uno de los integrantes del otro grupo.

Por ende, la crítica pone de manifiesto una discrepancia subjetiva del impugnante con la línea argumental de la sentencia, que, lejos de ser arbitraria o absurda, se conforma a las reglas de la sana crítica, y alcanza el grado de certeza exigido por toda sentencia de condena en el ámbito penal.

X.- Corresponde que me concentre, entonces, en el análisis de los agravios dirigidos en contra de la calificación legal asignable al hecho.

a) En tal cometido, debo comenzar por reseñar los aspectos fácticos que se tuvieron en cuenta para emitir el pronunciamiento objetado.

Ello es así porque, como dijo la Corte, en este tipo de planteos existe una "...imposibilidad de modificar la base fáctica bajo la forma del tratamiento de un vicio en la calificación legal de los hechos y (...) la necesidad de realizar un nuevo juicio si se reconocen vicios en la apreciación de las reglas de la sana crítica ante los límites que impone el principio de inmediación..." (Fallos: 331:2077, in re: "Tarditi, Matías Esteban s/ homicidio agravado por haber sido cometido abusando de su función o cargo como integrante de la fuerza policial -causa n° 1822-", del pto. , del dictamen del señor Procurador General al que, en lo pertinente, se remitió la mayoría de la Alta Corte).

Si se comparte esta línea conceptual, es dable destacar que, en el Acuerdo puesto en crisis, se hizo alusión a que: "...La sentencia tuvo por probado que el grupo conformado por los coimputados '(...) [1]legando a la intersección con Belgrano cruzan o los cruzan Galar, Garré y Dimarco, que salían de un bar ('Juanito') con dirección a 'Eterno', sobre la Diagonal 9 de Julio, a poco más de media cuadra de Belgrano (hacia el N.O.) [...] En ese lugar hubo un primer incidente, que fuera el motivo de lo que luego ocurriría [...] la camioneta pasó muy cerca de los tres peatones; dicen Dimarco y Garré que

los rozó, incluso que uno de los espejos golpeó en su brazo al primero; pasó sin disminuir la velocidad [...] Un taxista, Cavallotti, que casualmente iba detrás de la Partner, vio el cruce y dice que oyó el golpe. Lo cierto es que, evidentemente, pasó muy cerca y hubo contacto físico entre la camioneta y Dimarco. Cierto también es que por lo menos éste y Garré se enojaron; esto es así por los acontecimientos que siguieron: la camioneta siguió por Irigoyen hasta cruzar la Diagonal, por la que giraron (hacia el S.E., pasaron frente al local 'Eterno', sin detenerse; dicen que a mirar), deteniéndose cerca de la intersección con Belgrano y Avenida Argentina, por el semáforo [...] Los tres del otro grupo los habrían visto girar [...] sea como fuere, los vieron detenidos cerca del semáforo y, cruzando en diagonal Belgrano (dirección Este-Noreste; lo dicen Dimarco, Garré y Cavallotti) [...] Dimarco se aproximó a la ventanilla del acompañante [...] Garré por la del conductor. De acuerdo a ambos, Chambla les habría contestado que si no querían que los pisen, deberían haberse apurado (para cruzar). Eso no aparece en las versiones de ninguno de los miembros del otro grupo (los que viajaban en la Partner). Ante esto -dicen Dimarco y Garré- éste le 'empuja la cabeza' a Chambla. Según Chambla y Márquez, cuando el primero giró la cabeza hacia el lado del acompañante, apareció sorpresivamente Garré y le pegó en la nuca; él se volvió para ese lado, y recibió un puñetazo en el ojo [...] Como era de esperar, esos golpes enfurecieron no sólo a Chambla, sino a todo el grupo; Márquez los vio, algunos de los otros también y los demás lo oyeron. Ni Garré ni Dimarco vieron que en la

parte trasera iba un grupo numeroso [...] Se sorprendieron [...] Garré advirtió también que todos se bajarían; por lo que intentó impedirlo procurando retener la puerta trasera [...] Mientras tanto Chambla y Márquez bajaron, el primero con un cinto enrollado en su mano [...] Garré no puede contener a los otros jóvenes (no puede impedir que abran el portón y salgan), abandona y huye. El grupo lo persigue [...] Márquez quiso retener a Dimarco, pero éste se desprende. Tanto Dimarco como Garré, cada uno por su lado, se dirigen apresuradamente [...] a 'Eterno' buscando refugio o auxilio policial. Sus perseguidores abandonan la persecución del primero, retornan [...] los que bajaron de la camioneta se cruzan con Dimarco, tratan de interceptarlo, sin éxito, aunque Díaz alcanza a acertarle un puñetazo en la espalda [...] Los de la camioneta siguen volviendo atrás, cuando advierten a Galar, que no había hecho nada (lo dicen todos, absolutamente: venía caminando con las manos en los bolsillos; nadie lo vio acercarse a la Partner, nadie le vio una actitud ni gesto agresivo, ni le oyó decir palabra)...' (fs. 1152/1153 vta.), describiéndose luego (bajo las diferentes versiones que luego se analizan) una probada agresión física de ese grupo (identificándose con grado de certeza a Z., Serrano y a Díaz) cuya intensidad generó la muerte de Galar..." (fs. 1332vta./1333vta., del citado Acuerdo n° 47/2011, de la Sala Penal, por remisión a la sentencia pronunciada por el a quo, cfr. fs. 1152/1153vta.).

b) Para una mejor comprensión del tema, sintetizaré la línea argumental del fallo objetado:

1) No participa en una riña aquella persona que interviene para pacificar, por lo que la subsunción en el delito de homicidio en riña (art. 95 del Cód. Penal) es insostenible bajo el falaz argumento de que Galar fuera tenido como "contendiente" o "enemigo", atributo que le arrojaron los atacantes (fs. 1334), 2) tampoco sería correcto calificar el hecho como un homicidio en agresión: la víctima ni siquiera se defendió en forma pasiva (fs. 1335), 3) los autores fueron identificados: Zapata -por entonces menor de edad-, Díaz y Serrano (fs. 1336), desplazando la figura del art. 95 del Cód. Penal, por la del homicidio simple (art. 79 del Cód. Penal), en grado de coautoría (fs. 1336vta. y 1338vta.), 4) la embestida no fue precipitada ni repentina, permitiendo un breve lapso de reflexión en los autores del ilícito, prueba de ello es que Galar llegó a manifestarles que era extraño a la causa generadora del conflicto (fs. 1336vta.), 5) en cuanto al aspecto subjetivo (fs. 1337), el dolo homicida es palmario, pues Galar fue agredido por los imputados con reiteradas trompadas y puntapiés en la cabeza, valiéndose de su condición de desvanecimiento, en cuyo contexto, era sumamente previsible -"de fácil pronóstico" (sic.)- el resultado mortal finalmente acaecido, como derivación de su acto conjunto (fs. 1338vta.), y 6) dicha calificación se agrava por la participación de un menor de edad (fs. 1352).

c) En tal entendimiento, los señores Vocales, Dres. Antonio G. Labate y Oscar E. Massei, al momento de pronunciarse en el Acuerdo (fs. 1337vta./1338vta.)

hicieron alusión a que: "...en el recordado caso 'Antiñir' (C.S.J.N., Fallos 329:2367), en el que si bien se discutía otra problemática en torno a la figura del homicidio en riña, se dieron pautas señeras para establecer cuándo se estaba ante un homicidio de esas características y cuando se configuraba un homicidio simple. En tal sentido, (...) expresó el voto mayoritario que '*(...) en muchos casos tratados como homicidio o lesiones en riña o agresión hay más bien una coautoría dolosa de lesiones o muerte, como por ejemplo, cuando todos aplican puntapiés a la cabeza de la víctima, viendo que los demás también lo hacen, de modo que todos debilitan en común la resistencia del cráneo o del cerebro...*'. En torno a la pauta de distinción entre uno y otro, el voto del Dr. Zaffaroni, que en este tema no difiere del criterio sentado por los restantes Ministros de la Corte, expresó que '*...en la riña o agresión tumultuaria no consta la autoría del homicidio porque no puede constar, dado que es prácticamente imposible establecerla. Cuando esa autoría conste [como en el caso de autos en el que se han identificado a su coautores], rigen las reglas de la autoría y de la participación...*' (del voto del Dr. Zaffaroni); '*...Al respecto se ha aclarado que el homicidio en riña, nace 'sólo en el supuesto del desconocimiento no en el de ausencia o irresponsabilidad; de ser el autor un inimputable, niño o enajenado mental, por ejemplo, pero conocido, se destruiría inevitablemente el tipo del artículo [95 (Quintano Ripollés, op. cit., pág. 352). El elemento negativo 'no individualización de quienes causaron el*

resultado', aparece sin restricciones en la legislación nacional desde el proyecto de 1891 (art. 125). Su Exposición de Motivos no deja lugar a dudas sobre la teoría que adoptan los redactores al decir: 'la especialidad del homicidio o de las lesiones en riña consiste en no saberse quién fue el autor de las heridas o muerte' y añade 'desde que se sepa quién o quiénes fueron los autores, el caso especial desaparece y queda el hecho punible sometido a las reglas del homicidio o de las lesiones'. Del mismo modo, Soler señala que dicho antecedente revela la clara subsidiariedad del tipo de riña, bajo la condición de desconocimiento del real culpable, en tanto no era punible quien participaba, ni aun habiendo ejercido violencia, si se determinaba quién fue el autor del resultado lesivo (conf. Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, ed. TEA, Buenos Aires, 1992, tomo III, pág. 156) [...] no necesariamente debe determinarse quién causó la herida final para dar por subsumida la conducta en un caso de coautoría de homicidio. Tal fue la conclusión de esta Corte en el caso 'Rebolledo'. Allí se afirmó que 'todos los que **hubiesen tomado parte en la ejecución del homicidio** [y no quien hubiera causado el golpe mortal] deb(ían) ser considerados como autores del mismo' (Fallos: 149:171 (notas) sentencia del 29 de agosto de 1927, publ. en JA. tomo 25, pág. 822 1927 [...] Se precisó que '(n)inguna duda puede haber de que [los imputados] tomaron igual participación en el hecho, y que ambos fueron los causantes de las lesiones que recibió aquél y de su muerte, faltando en consecuencia la condición exigida por

el citado art. 95 para su aplicación en este caso'. Esto es, que no conste quiénes las causaron. Así, la cuestión se resolvió por aplicación de las reglas generales de la autoría y la participación (art. 45 del Código Penal) y no acudiendo erróneamente al art. 95 (en el caso, la víctima presentaba heridas mortales en el pecho y en las espalda, lesiones que habían causado uno y otro imputado, por lo que resultaron sujetos a la misma responsabilidad penal). Sin determinarse cuál fue la herida final, se estableció que a cada uno de ellos le eran atribuibles esas heridas mortales, por lo que la pena no se basó entonces en el mero ejercicio de violencia...' (del voto en disidencia del Dr. Fayt)...".

d) Para así decidir, la Sala Penal tuvo que apartarse del criterio del a quo vinculado a que "...El problema no es el aspecto <objetivo>, sino el subjetivo..." (fs. 1171vta.), valorando a tal fin que: "...5º) no está probado que hubiera, por lo menos en los dos acusados mencionados, voluntad de matar (ni siquiera está probado que lo hubieran previsto, aunque -como cualquiera- tuvieron la posibilidad de hacerlo)..." (fs. 1181vta.).

e) Ahora bien, para despejar este punto de agravio es necesario acudir a la prueba colectada en el debate.

Sobre este tópico, nuestra Alta Corte ha señalado que: "...la eficacia de la prueba de indicios depende de la valoración conjunta que se hiciera de ellos teniendo en cuenta su diversidad, correlación y concordancia, pero no su tratamiento particular pues, por

su misma naturaleza, cada uno de ellos no puede fundar aisladamente ningún juicio convictivo, sino que éste deriva frecuentemente de su pluralidad (Fallos: 300:928)...” (Fallos: 314:346).

De forma análoga, la Sala Penal tomó postura señalando que: “...los hechos debidamente acreditados y no controvertidos, como así también, los elementos de convicción producidos e incorporados al debate, conforman prueba indiciaria a los fines de determinar los alcances del plan delictivo (...), para lo cual necesariamente tales indicios deben ser cotejados con las normas de la experiencia...” (Acuerdo n° 125/2013, “SOAZO, RUBÉN OSCAR S/ HOMICIDIO”, rto. el 27/09/2013).

En este sentido, en el desarrollo del hecho se advirtieron distintas secuencias temporales, si bien breves y continuas, que pusieron en evidencia que los encartados tuvieron la posibilidad de optar por otro curso de acción; en esa dirección, pudieron detener su violenta ofensiva, pues no sólo existía una clara superioridad numérica del grupo agresor, conformado entre otros por Díaz y Serrano, pero también por Zapata, que era el más exaltado, sino que Galar había quedado inconsciente -precisamente por una trompada de este último- y no podía defenderse. De allí que, evaluando los indicios de manera conjunta, con apego a las reglas de la sana crítica racional, llegó a la conclusión que los autores del comportamiento homicida tuvieron la posibilidad de representarse la producción del resultado finalmente acaecido: la muerte del joven Galar.

En rigor, si nos atenemos a lo que dijo el testigo Cavallotti, tanto Díaz como Serrano tenían pleno conocimiento de la entidad vulnerante de la primera lesión proferida por Zapata (puñetazo dirigido al rostro de la víctima), pues Galar había perdido la conciencia, y, en ese estado, no tenía posibilidad de defenderse. Por ende, interpreto que los encartados podían representarse, al momento de dirigir sus puntapiés contra el cráneo de Galar, que él podría llegar a fallecer (según los forenses, dos o tres patadas fueron suficientes para provocar el óbito); y, aun así, continuaron con su feroz ofensiva, al extremo que Zapata pudo ser separado únicamente cuando acudió al lugar la policía.

Tal como he revelado en los acápite precedentes, a mi juicio, ésta es la exégesis que se impone, cualquiera que sea la teoría sobre el dolo eventual que se prefiera:

Así, según una parte importante de la doctrina, que acentúa el elemento volitivo, "*...habrá dolo eventual cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia al proyecto de acción, dejando a salvo, claro está, que esa posibilidad se corresponda con los datos de la realidad. Se trata de una resolución en la que se acepta seriamente la posibilidad de producción del resultado. (...).* Esta posibilidad considerada por el agente como parte del plan, distingue el dolo eventual de la imprudencia consciente, sin importar si acepta de buena o mala gana el resultado, siendo suficiente que se

conforme con él..." (Zaffaroni, Eugenio R. - Alagia, Alejandro - Slokar, Alejandro. "Derecho Penal. Parte General", 2º edición, Ediar, Bs. As., 2002, págs. 524/525).

Por otro lado, desde una perspectiva que pone énfasis en el aspecto cognoscitivo, se enseña que: "...Para la teoría del consentimiento, o de la aprobación, lo que distingue al dolo eventual de la culpa consciente es que el autor *consienta* en la posibilidad del resultado, en el sentido de que lo *apruebe*. (...). [En cambio, para] la teoría de la probabilidad, o de la representación (...) lo único decisivo es el *grado de probabilidad* del resultado advertido por el autor. (...), un sector de la doctrina alemana actual se inclina hacia una postura, en parte ecléctica (...). Se exige así, por una parte, que el sujeto <tome en serio> la posibilidad del delito y, por otra, que el mismo <se conforme> con dicha posibilidad, aunque sea a disgusto. (...). Mi opinión es la siguiente: (...) Cuando el sujeto no descarta que su conducta pueda lesionar un bien jurídico-penal ni cree posible <confiar en> que no vaya a ser así y, pese a tal conciencia de su virtualidad concretamente lesiva, lleva adelante su acción, realiza dolosamente la conducta peligrosa, única cosa que puede prohibir la norma de determinación. Concorre dolo eventual..." (Mir Puig, Santiago. "Derecho Penal. Parte General", 7º ed., IB-de F, Montevideo-Buenos Aires, 2005, págs. 266/270; el original aparece parcialmente en negritas, las aclaraciones nos pertenecen).

En síntesis, la sentencia analizada aparece motivada, derivada racionalmente del derecho vigente, emitida respetando los principios de la sana crítica racional -tanto en lo referido a las leyes del pensamiento (coherencia y derivación), como a los principios lógicos (identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente) y normas de la experiencia y de la psicología-, explicando la participación de los imputados en el tipo penal correspondiente.

XI.- Las particulares circunstancias del caso me inclinan a explayarme igualmente respecto a ciertas cuestiones, planteadas por la Defensa, en la audiencia celebrada en esta Sala Penal el día 29 de junio de 2015.

En este sentido, merece destacarse que la doctrina aquí establecida, contrariamente a lo planteado por la Defensa, no produce una afectación de la garantía de la *reformatio in pejus*, pues existió un recurso de casación de la parte querellante y otro de la fiscalía.

En relación a este tópico, nuestro cimero Tribunal manifestó que: "...3º) Que, según doctrina establecida por esta Corte, la prohibición de la *reformatio in pejus* cuando no media recurso acusatorio tiene jerarquía constitucional, por lo cual toda sentencia que ignore este principio resulta inválida en tanto importa que ha sido dictada sin jurisdicción, afectando de manera ilegítima la situación obtenida por el encausado merced al pronunciamiento consentido por el Ministerio Público en la instancia inferior, lo que lesiona la garantía contemplada en el art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 255:79; 298:432; 311:2478;

312:1156, entre otros)...” (O.136.XXXVII.REX, del voto mayoritario de los señores Ministros Dres. Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, Ricardo Luis Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni; Fallos: 317:961, entre muchos otros).

a) En esta línea de pensamiento, de las constancias obrantes en el legajo se colige que no le asiste razón a la Defensa, desde que el Ministerio Público Fiscal interpuso, a fs. 1194/1202, un recurso de casación en contra de la sentencia de la Cámara en lo Criminal Segunda, de esta ciudad, que motivó, a la postre, el Acuerdo n° 47/2011, de esta Sala Penal, que sí mereció, de parte de la Defensa Particular, un recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Y, ante el dictado de la sentencia del Tribunal de Impugnación, la Fiscalía articuló la presente impugnación extraordinaria.

En suma, la acusación pública siempre objetó aquellas decisiones jurisdiccionales que le causaron perjuicio; por consiguiente, no se afectó la garantía de la reformatio in pejus.

b) En otro orden de ideas, queremos hacer notar que en la sentencia n° 46/2007, del Juzgado Penal del Niño y del Adolescente n° 2, de esta ciudad, se declaró la responsabilidad penal de Claudio Jonatan Zapata en orden al delito de Homicidio en Agresión, en carácter de coautor (art. 95 del C.P.).

Dicha calificación legal fue posteriormente modificada, por Acuerdo n° 48/2011 -emitido en los autos caratulados “ZAPATA, CLAUDIO JONATAN S/ HOMICIDIO SIMPLE”-, de esta Sala Penal, por la de homicidio simple,

en grado de coautoría (arts. 45 y 79 del C.P.), como consecuencia de una casación deducida por la Fiscalía, que, contrariamente a lo manifestado por la defensa técnica de los imputados, le asignó ese mismo grado de aportación en la tarea criminal (pto. I.-a, penúltimo párrafo, del Acuerdo mencionado, voto del señor Vocal, Dr. Antonio G. Labate).

Como puede observarse, tampoco en este aspecto resultó afectada la garantía de la *reformatio in pejus*.

XII.- Desde otro ángulo, el pronunciamiento emitido en los autos caratulados "Zapata, Claudio Jonatan s/ homicidio simple -causa n° 78/2008" adquirió firmeza frente al rechazo -por extemporáneo- del recurso de hecho, deducido ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 282 y 285 del C.P.C.C.N.).

XIII.- Por lo demás, el recurrente alegó que la pena de prisión finalmente establecida quebrantaría los principios constitucionales de proporcionalidad y de dignidad, arguyendo que la pena debería ser dejada en suspenso.

Sin embargo, entiendo que en este asunto no hay agravio posible (art. 227, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.). La sentencia de condena fue confirmada, y la pena de prisión ha sido impuesta en su mínimo legal (fs. 1352vta.).

Creo así haber fundado las razones por la cuales, como ya anticipara, la impugnación ordinaria deducida debe ser declarada **improcedente**. Mi voto.

El **Dr. RICARDO T. KOHON** dijo: Sobre esta segunda cuestión me expido en idéntico sentido a la conclusión a que arriba el señor Vocal preopinante. Así voto.

A la **tercera cuestión**, el **Dr. EVALDO D. MOYA**, dijo: Atento la respuesta dada a la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que se declare la nulidad de la sentencia n° 130/2014, emitida por el Tribunal de Impugnación, por incurrir en arbitrariedad manifiesta, por falta de fundamentación, en los términos de los arts. 248, inc. 2°, 249, en función de los arts. 194, inc. 4), a contrario sensu, y 246, tercer párrafo, del C.P.P.N.

En su consecuencia, corresponde confirmar en todos sus términos el Acuerdo n° 47/2011, dictado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia con otra integración. Tal es mi voto.

El **Dr. RICARDO T. KOHON** dijo: Comparto lo manifestado por el señor Vocal de primer voto a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la **cuarta cuestión**, el **Dr. EVALDO D. MOYA**, dijo: Sin costas en la instancia (art. 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.). Mi voto.

El **Dr. RICARDO T. KOHON** dijo: Adhiero al voto del señor Vocal preopinante en primer término, por compartir la respuesta que da a esta cuarta cuestión. Así voto.

De lo que surge del presente Acuerdo, **SE RESUELVE**: **I.-** Declarar la admisibilidad formal de la impugnación extraordinaria deducida por el señor Fiscal Jefe, Dr. Pablo Vignaroli; **II.-** Declarar **PROCEDENTE** la

misma, disponiendo la nulidad absoluta de la sentencia n° 130/2014, dictada por el Tribunal de Impugnación, por incurrir en arbitrariedad manifiesta, por falta de fundamentación, en los términos de los arts. 248, inc. 2°, 249, en función de los arts. 194, inc. 4), a contrario sensu, y 246, tercer párrafo, del C.P.P.N.; **III.- CONFIRMAR** en todos sus términos el Acuerdo n° 47/2011, dictado por la Sala Penal, de este Tribunal Superior de Justicia, integrada en la ocasión por los Dres. Lelia G. Martínez, Antonio G. Labate y Oscar E. Massei, a fs. 1317/1354vta.; **IV.- SIN COSTAS** en la instancia (art. 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N); **VI.- Notifíquese**, regístrese y hágase saber de ello a la Oficina Judicial a los fines pertinentes.

Se deja constancia de que el señor Vocal, Dr. Evaldo Darío Moya, no suscribe el presente por encontrarse en uso de licencia, no obstante haber participado de la deliberación.

Con lo que finalizó el acto, firmando los señores Magistrados, previa lectura y ratificación por ante el Actuario, que certifica.

RICARDO T. KOHON
Vocal

Dr. ANDRÉS C. TRIEMSTRA
Secretario