

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 21800/06 STJ

SENTENCIA Nº: 87

PROCESADOS: C.O.C. - A.V.P. - O.J.G.B. - ZAVALA COLINAMÓN MAURO
ARSENIO – YANCANIL DIEGO SEBASTIÁN – PAREDES EMERSON
SEBASTIÁN

DELITO: HOMICIDIO EN AGRESIÓN EN CONCURSO REAL CON LESIONES
LEVES

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 28-05-07

FIRMANTES: SODERO NIEVAS – LUTZ – CERDERA (SUBROGANTE) EN
ABSTENCIÓN

///MA, de mayo de 2007.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Víctor Hugo Soderó Nievas, Luis A. Lutz y Francisco Antonio Cerdera -por subrogancia-, con la presidencia del primero y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “COLINAMON ZAVALA, Mauro Arsenio y Otros s/Homicidio en agresión s/Casación” (Expte.Nº 21800/06 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 438 del Código Procesal Penal, con el planteo de la siguiente:-----

CUESTIÓN

----- ¿Es procedente el recurso deducido?-----

VOTACIÓN

El señor Juez doctor Víctor Hugo Soderó Nievas dijo:-----

-----1.- Antecedentes de la causa:-----

-----1.1.- Mediante sentencia Nº 46, de fecha 3 de agosto de 2006, la Cámara Primera en lo Criminal de la IIIª Circunscripción Judicial resolvió, en lo pertinente, declarar la responsabilidad penal de C.O.C., A.V.P. y O.J.G.B. en orden al delito de homicidio en

agresión en concurso real con el delito de lesiones leves (arts. 95 y 89 C.P.) y ordenar su tratamiento tutelar por el término de dos años (ley 22278); condenar a Mauro Arsenio Zavala Colinamón y Diego Sabstían Yancanil, como coautores penalmente responsables de los mismos delitos, a la pena de cinco años de prisión, y, por último, condenar a Emerson Sebastián ///2.- Paredes, como coautor penalmente responsable de los mismos delitos, a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional e imponerle reglas de conducta por el término de dos años (arts. 27 bis incs. 1º, 3º y 7º, 29 y 45 C.P. y 369, 370 y ///2.- cc. C.P.P.).- - - - -

-----1.2.- Contra lo decidido, el señor Defensor Oficial doctor Gustavo Butrón interpuso recurso de casación en representación de sus pupilos Mauro Arsenio Zavala Colinamón, Diego Sebastián Yancanil y Emerson Sebastián Paredes, que fue declarado inadmisibile por el tribunal de grado inferior atento al auto interlocutorio N° 197/06, lo que motivó su queja ante este Superior Tribunal, que le hizo lugar según resolución glosada en copia a fs. 580/582. Dispuesto el expediente por diez días en Oficina para su examen por parte de los interesados (arts. 434 y 437 C.P.P.), la señora Procuradora General ha emitido su dictamen. Realizada la audiencia prevista por el código de rito, los autos están en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -

-----2.- Argumentos del recurso de casación:- - - - -

----- El Defensor Oficial sostiene que falta motivación suficiente en la pena impuesta a cada uno de los imputados (arts. 110 y 426 inc. 2º C.P.P. y 14.5 PIDCP), pues al abordarse el tema de la sanción se omitió desarrollar de manera acabada la razón por la cual el juzgador se apartó del mínimo y, en dos de los casos (Colinamón y Yancamil), llegó a imponer el máximo. Agrega que no se hizo una valoración fundada de las pautas expresamente impuestas por los arts. 26 y 41 del Código Penal, muchas de las cuales ni ///3.- siquiera fueron tratadas, lo que torna infundado y contradictorio al pronunciamiento sobre el punto.- - - - -

-----3.- Dictamen de la Procuración General:- - - - -

----- La señora Procuradora General opina que los agravios expuestos no cuentan con los fundamentos necesarios, motivo por el cual no advierte la viabilidad del reclamo.- - - - -

----- Sin perjuicio de lo anterior, estima que en la condena respectiva hay un error de derecho que la defensa no ha abordado, pero que amerita ser corregido por este Cuerpo en conformidad con lo resuelto en las sentencias 68/03 y 154/04, con el fin de resguardar las garantías que emergen del art. 18 de la Constitución Nacional. Tal yerro,

agrega, está relacionado exclusivamente con la calificación de uno de los delitos del concurso real, concretamente el de lesiones leves, y comprende no sólo a los asistidos por el recurrente, sino también a aquéllos a cuyo respecto se declaró la responsabilidad en los términos de la Ley 22278, quienes que deberán ser beneficiados en forma extensiva (art. 411 C.P.P.).- - - - -

----- En tal sentido, manifiesta que los tramos fácticos por los que finalmente se decidió calificar por el delito de lesiones leves se corresponden con las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos que son calificados como “homicidio en agresión”, por lo que resulta indudable que se trata de las contempladas por el art. 96 del Código Penal, como lo expusieron el Agente Fiscal en la requisitoria de elevación a juicio y el Fiscal de Cámara al momento de alegar.- - - - -

----- Sobre el particular, trae a colación los considerandos ///4.- 13 y 14 del voto del doctor Zaffaroni en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “ANTIÑIR” (del 04-07-06), referido a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los arts. 95 y 96 del código de fondo.- - - - -

----- En este contexto, destaca que la distinción no es ociosa puesto que el art. 89 del Código Penal tiene una escala de prisión que va de un mes a un año, mientras que el art. 96 establece que “si las lesiones fueran las previstas en el artículo 89, la pena aplicable será de cuatro a ciento veinte días de prisión”.- - - - -

----- Por último, estima adecuado que en los términos del art. 439 del Código Procesal Penal se proceda de oficio a casar la sentencia sólo en lo que respecta al delito de lesiones leves del art. 89 del Código Penal, que debe ser reemplazado por el delito de lesiones leves “en riña o en agresión” en los términos del art. 96 del mismo cuerpo legal para la totalidad de los imputados, se mantenga el concurso real por el restante delito previsto en el art. 95 (también para todos ellos), y se adecue la imposición de penas, para lo cual propone las cuantificaciones correspondientes.- - -

-----4.- Nulidad parcial declarable de oficio por afectación del principio “non bis in ídem”:- - - - -

----- He de destacar en principio que “ha expresado Cafferata Nores que hay coincidencia doctrinaria sobre que la garantía del non bis in ídem funciona sólo en caso de identidad total del ‘hecho’, la que existirá cuando entre la primera y segunda persecución penal existe una triple identidad: de persona, de objeto y de causa de persecución ///5.- (ídem personam, ídem re, ídem causa petendi). ‘Las tres identidades deben coexistir en el caso concreto. Si una falta, ya no se estará frente al mismo hecho,

haciéndose posible... la (segunda) persecución\ (Conf. Cafferata Nores, José I., La garantía del \non bis in ídem...\ - LL 1996-B, 644)” (Se. 91/03, “MELGAREJO”; Se. 91/06, “PARDIÑO”).- - - -

----- En este marco, cabe señalar que a C.O.C., AV.P. y O.J.G.B. se les imputaron, declararon en indagatoria y finalmente resultaron sobreseídos por los hechos que el tribunal inferior calificó como “lesiones leves”. Sobre el punto, el auto interlocutorio de fs. 388/398 estableció que se encontraban reunidos los extremos del art. 285 con respecto a los menores P., C. y G. en cuanto al delito de homicidio en agresión que se les había adjudicado en calidad de coautores, a la vez que dispuso su sobreseimiento parcial en orden a las lesiones leves en agresión por las que habían sido intimados.- - - -

- - - - -

----- Así, es evidente que en esta causa hubo imputación y sobreseimiento por hechos (tipificados en “lesiones leves” durante todo el proceso) sobre los que era legalmente imposible realizar una segunda acusación (ver relación de hechos en el requerimiento de elevación a juicio de fs. 458/470, pese a la correcta calificación legal) y declarar la responsabilidad (sentencia impugnada), porque coexistían las tres identidades referidas para que funcionara la garantía constitucional.- - - - -

----- Por lo tanto, entiendo que corresponde declarar de oficio la nulidad parcial del punto II de la parte///6.- resolutive de la sentencia recurrida por afectación del principio del “non bis in ídem” (arts. 18 C.Nac. y 1 C.P.P.), en cuanto dispone el “concurso real con el delito de lesiones leves” (arts. 55 y 89 C.P.).- - - - -

-----5.- Error de derecho declarable de oficio:- - - - -

----- La lectura de la sentencia permite advertir un error de derecho no argumentado por la defensa, declarable de oficio por este Tribunal de Casación, toda vez que converge en esta causa un interés institucional de orden superior, que radica en evitar hacer incurrir en responsabilidad internacional a la República a la luz de las previsiones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no sólo ha sido ratificada por nuestro país (Ley 23054), sino que fue incorporada a la Constitución Nacional en los términos del art. 75 inc. 22 a partir de la reforma de 1994.- - - - -

----- En efecto, está en juego aquí el principio de legalidad en virtud del quantum de la pena que corresponde a cada uno de los condenados por los hechos ilícitos acreditados, así como su forma de cumplimiento, por lo que se trata de una nulidad declarable de oficio (art. 160 C.P.P.).- - - - -

----- “Nuestra Constitución reformada prosigue: \... siendo una Constitución

personalista, cuyo único objetivo es concretar la libertad y la dignidad del hombre como máximo valor de una escala axiológica a la cual se subordinan la grandeza del Estado, la superioridad de una clase social y cualquier otro valor transpersonalista autoritario\ (Badeni, \Solo se hicieron reformas\, Clarín, 23/08/94, pág. 19).- -

----- “Así, desde su preámbulo se consigna que uno de los ///7.- fines de la Constitución es la libertad. El asegurar los beneficios de la libertad \presupone que la libertad es un bien que rinde beneficio. La libertad es un valor primordial, como que define a la esencia del sistema democrático. Exige erradicar el totalitarismo, y respetar la dignidad del hombre como persona, más sus derechos individuales. La libertad forma un circuito con la justicia: sin libertad no hay justicia, y sin justicia no hay libertad\ (Bidart Campos, \Tratado elemental de derecho constitucional argentino\, T. I, 56).- - - - -

----- “El derecho a la libertad puede ser desglosado en una serie de libertades individuales, una de las cuales es la libertad corporal o física, que apareja la de locomoción. También tal derecho subjetivo puede ser ubicado en una escala jerárquica, luego del derecho a la dignidad y sus derivados, del derecho a la vida y por sobre los derechos patrimoniales. Ekmekdjian, en su \Tratado de Derecho Constitucional\ (T I, págs. 476 y ss.), dice que el derecho a la libertad física es el primero de los derechos personalísimos, por cuanto es un requisito necesario para que los otros puedan ser ejercidos. Agrego el derecho a la libertad de expresión, que implica la de pensar y de publicar las ideas por medio de la prensa (arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y primera enmienda de la Constitución de EE.UU.).- - - - -

----- “Su teoría de los valores resulta útil para los fines del desarrollo de mi voto, y el criterio fundamental utilizado para arribar a tal escala es el \... de la mayor o menor restringibilidad del derecho subjetivo que lo///8.- protege... Este criterio... parte de la afirmación a priori, pero comprobable, de que un derecho es menos restringible en la medida en que el valor al cual brinda cobertura sea considerado de mayor jerarquía por la sociedad. Esta afirmación es válida no sólo en un contexto jurídico, sino aun más allá de él, por cuanto el sentido común nos indica que un bien máspreciado será naturalmente más defendido frente a la intervención de extraños (aún del Estado) que otros a los que se tiene en menor estima\ (op. cit., 480). Entonces, los derechos de jerarquía superior están más protegidos y son menos restringibles que los de rango inferior.- - - - -

----- “Por lo tanto, señalada la prevalencia del derecho a la libertad por sobre otros, no podría entenderse que éste tiene una menor protección constitucional que los segundos. Es obvio entonces que, consagrados de modo expreso por la Constitución la inviolabilidad de la propiedad (art. 17), la defensa en juicio, el domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados (art. 18), también cabe entender inviolable la libertad física (art. 33), cuya restricción no podría dejar de estar sometida a los mismos límites de razonabilidad de los otros derechos (art. 28).- -

----- “[...] Por otra parte, el artículo 31 de la Constitución Nacional consagra la supremacía de la constitución, tanto para la normativa nacional como para la provincial; aquélla es ‘Ley Suprema’, a la que todas las demás normas se deben adecuar.- - - - -

- - - - -

----- “[...] Actualmente, el derecho penal considera [...] al principio de culpabilidad] como otro de los pilares de ///9.- legitimación del ius punendi, es decir, otra de las reglas para encauzar, realizar y limitar la potestad punitiva del Estado.- - - - -

- - -

----- “Así, surge de los artículos 1º (en el que la Nación Argentina adopta la forma representativa, republicana y federal) y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional que la aplicación de una pena criminal encuentra su legitimidad en el principio de culpabilidad. Éste tiene como una de sus inmediatas consecuencias el de la proporcionalidad de la pena concretamente aplicada al autor por el hecho cometido (ver Bacigalupo, ‘Principios constitucionales de derecho penal’, 137 y ss.)” (de mi voto in re “SCORZA”, Se. 01/04).-

----- En autos, se condenó a Mauro Arsenio Zavala Colinamón, Diego Sebastián Yancanil y Emerson Sebastián Paredes por los hechos que cada uno protagonizó en la “agresión tumultuaria” (según describió el a quo y no ha sido controvertido) y que resultaron en “muerte y lesiones” (sobre lo que tampoco hay impugnaciones), estas últimas calificadas como “leves”, por lo que el sentenciante las encuadró en el art. 89 del Código Penal.- - - - -

----- Ello significa que la muerte y las lesiones reconocen las mismas circunstancias de modo, tiempo y lugar, como se desprende del relato de fs. 522/525: el 27 de febrero de 2005, aproximadamente a las 6:30 horas, al llegar al sector conocido como Estación Bimodal de la localidad de Ingeniero Jacobacci, un grupo de personas –en el que se encontraban las víctimas- fue interceptado por otro –donde estaban los victimarios- y de la agresión física de los condenados sobre las primeras resultó la muerte de Daniel

Alberto Mamani y ///10.- las lesiones leves de Angel Esmir Anaya, Ricardo Curapil, Pablo Cayicol y Néstor Anaya.- - - - -

----- Por lo tanto, los condenados cometieron los delitos de “homicidio en agresión” (art. 95 C.P.) y “lesiones leves en agresión” (art. 96 C.P.), “ya que se tuvo por debidamente acreditado que su conducta de golpear a las víctimas significó \‘ejercer violencia\’ en el contexto de una riña [agresión en el sub examine], y que tal conducta resulta generalmente idónea para producir el resultado de muerte o de lesiones, en su caso” (CSJN in re “ANTIÑIR”, supra citada, considerando 6). “En otras palabras, en lugar de pensar que el Código impone una presunción de autoría en perjuicio de la gente, me parece que toma en cuenta la genuina autoría de dar golpes, sucesivamente o junto con otros que también dan golpes a la misma persona” (Eduardo Aguirre Obarrio, “Sobre riñas y muertes”, LL 2006-F, 235; Guillermo Todanello, “El delito de homicidio o lesiones en riña”, en Diario Judicial del 18-04-07, pág. 985).- - - - -

----- Así, queda en evidencia el error de derecho del a quo al encuadrar las lesiones leves en agresión en el art. 89 del Código Penal, cuando corresponde hacerlo en el art. 96 del mismo cuerpo normativo.- - - - -

----- La forma concursal debe mantenerse, porque “lo que se castiga son los resultados producidos en la situación típica y que... se atribuyen a título de dolo; esos múltiples resultados, por consiguiente, constituyen hechos distintos que concurren realmente (cfr. Fontán Balestra)” (Carlos Creus, Derecho Penal. Parte Especial, Ed. Astrea, 2ª edición, 1988, Tº 1, pág. 102).- - - - -

///11.-- Lo anterior implica casar de oficio la sentencia, resolver el caso con arreglo a la ley que se declara aplicable (art. 439 C.P.P.) y, consecuentemente, condenar a Mauro Arsenio Zavala Colinamón, Diego Sebastián Yancanil y Emerson Sebastián Paredes como coautores penalmente responsables de los delitos de homicidio en agresión en concurso real con lesiones leves en agresión (arts. 45, 55, 95 y 96 C.P.).- - - - -

-----6.- Carencia de motivación de la pena:- - - - -

----- Dado este nuevo encuadramiento típico, resulta inmotivada la pena impuesta porque se modifica el máximo de la escala penal en que se basó el tribunal inferior para decidir sobre la cuestión, por lo que considero que debe anularse la sentencia sólo en lo referido a la imposición de pena y reenviar el expediente al tribunal de origen para que decida la cuestión en conformidad con el derecho que aquí se declara (art. 440 C.P.P.).- - - - -

----- En concreto, para el presente caso, del concurso real de los delitos previstos en los

arts. 95 y 89 del Código Penal obtenemos una escala punitiva de prisión que va de los dos a los siete años; por su parte, del concurso real de los delitos previstos en los arts. 95 y 96 del código de fondo resulta igual mínimo, pero un máximo de seis años y ciento veinte días de prisión.- - - - -

----- Al respecto, este Superior Tribunal de Justicia ha dicho que la “pena es la herramienta que emplea el derecho penal para ejercer su función de control social de carácter formal. Se trata de una temática que exige la máxima prudencia en los jueces y en cuya individualización judicial ///12.- deben liberarse de los prejuicios personales, las simpatías y las emociones, y orientar su sentencia exclusivamente atento a criterios objetivos de valoración (ver Pablo López Viñals, ‘Cuantificación de la sanción penal en la sentencia condenatoria’, LLNoroeste, 2006, pág. 849).-

----- “Como primera aproximación al tema, un dato que surge de la simple lectura del fallo es el notable contraste en la tarea argumentativa entre aquellas cuestiones referidas al trámite del proceso, la prueba de los hechos, su autoría y la calificación legal correspondiente, y la vinculada con la imposición de pena, cuando las primeras no son más que exigencias constitucionales y legales para justificar esta última, atento a los arts. 1 y 18 de la Constitución Nacional. Ello es así pues la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, lo que implica la racionalidad de los actos de sus funcionarios y magistrados y asimismo la imposibilidad de que alguno de sus habitantes sea penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso. Del mismo modo, y en una temática que no puede ser desconocida, se destaca que ninguna norma infraconstitucional argentina podría rebasar a los mandatos que surgen de los acuerdos internacionales suscriptos por nuestro país en materia de derechos humanos, que conforman un bloque normativo incorporado a nuestra Constitución por el inc. 22 de su art. 75. De éste ‘... nos surgirán entonces, y como pauta directriz obligatoria, los mandatos emanados de los tratados a los que se les ha reconocido jerarquía constitucional, gozando por esta razón, de una nueva y actualizada imperatividad’ (Marcelo Alfredo ///13.- Riquert, ‘Algo más sobre la teoría de la pena a propósito de la reforma constitucional’, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, N° 11, págs. 422 y 423).- -

----- “En este sentido podemos mencionar, entre otros, el art. 5º, num. 6º del Pacto de San José de Costa Rica, por el cual las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados, orientación corroborada en el plano normativo inferior por la Ley de Ejecución de la Pena

Privativa de la Libertad (24660), que en su art. 1º dice que la finalidad que reviste la pena privativa de la libertad es lograr que el individuo sometido a ella se reintegre a la sociedad y logre su adaptación mediante la incorporación de valores fundamentales que posibiliten la vida en comunidad.- - - -

----- “Ahora bien, desde un punto de vista formal la pena es uno de los requisitos esenciales de la sentencia condenatoria (arts. 370 y 374 C.P.P.), y por tanto el tribunal debe resolver la cuestión de modo fundado y exponer en forma sucinta los motivos de hecho y de derecho en que se base (art. 369 íd.).- - - - -

----- “La exigencia de la motivación es lo que permite el control de la racionalidad de los actos y el ejercicio de la defensa en un sistema de organización republicano de gobierno, y toda argumentación que lo impedía con fundamento en que la facultad de fijar la pena es discrecional y exclusiva del tribunal de juicio, por tanto ajena al recurso de casación, ha sido expresamente dejada de lado luego del precedente ‘CASAL’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, adoptado por este Superior Tribunal en numerosos ///14.- pronunciamientos. En este marco, se circunscribe el sentido de la inmediación del debate oral, para que ésta no sea utilizada como pretexto limitante del derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior (art. 8.2.h. de la CADH, Adla, XLIV-B, 1250).- - - - -

----- “A lo anterior se suma que para quien aplica la pena es ineludible el conocimiento de cuál es su fin, y no puede desconocer sin más el criterio de la prevención especial - apartada de la teoría de la retribución-, según el cual la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. ‘En la medida en que la teoría de la prevención especial sigue el principio de la resocialización, que entre sus sostenedores hoy se encuentra en el primer plano, sus ventajas teóricas y prácticas son evidentes. En tanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, se adapta excelentemente a la misión del derecho penal..., ayuda igualmente al autor, es decir, no lo rechaza ni lo marca a fuego, sino que quiere integrarlo, y de este modo, se adapta mejor que cualquier otra teoría a las exigencias del principio del estado social’ (Roxin, ‘Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad’, en Determinación Judicial de la Pena, obra colectiva, pág. 23). El criterio de resocialización encuentra su reconocimiento normativo en los ya citados arts. 5º, num 6º del Pacto de San José de Costa Rica, 18 de la Constitución Nacional y 1 de la Ley 24660.- - - - -

----- “[...] Por lo demás, el mínimo de la pena de prisión del tipo previsto... permitía -en hipótesis- la condena condicional, por lo que la elección de su ejecución efectiva ///15.-

también requería de la necesaria fundamentación, ausente en autos.- - - - -

----- “Las cuestiones en tratamiento fueron motivo de reciente pronunciamiento por parte de la Corte Suprema en el precedente ‘SQUILARIO’ (S. 579. XXXIX, del 08-08-06), que reseñaré en buena parte de su extensión -considerandos 5° a 9°- dada su pertinencia respecto de la materia en estudio.-

----- “Así, el Alto Tribunal sostuvo que ‘... si bien las decisiones relacionadas con la aplicación del monto de la pena resultan privativas de los jueces de mérito, cabe hacer excepción cuando, como en el caso, no se advierte una adecuada fundamentación respecto de tan trascendentes cuestiones, lo cual descalifica al fallo como acto jurisdiccional válido.- - - - -

----- “‘En efecto, más allá de que los dos años de condena impuestos a Squilaro por el tribunal de juicio se compadecen formalmente con la escala autorizada por la figura que reprime la conducta ilícita que se reprocha, la mera enunciación genérica de las pautas objetivas y subjetivas que prescriben los arts. 40 y 41 del Código Penal para graduarla, desprovistas de toda relación y ponderación conjunta con los elementos que a tales fines fueron incorporados al juicio, sólo evidencia un fundamento aparente y colocan al pronunciamiento dentro de los estándares de la arbitrariedad de sentencia (Fallos 315:1658 y 320:1463).- - - - -

----- “‘Que idéntico vicio se constata cuando alude a su cumplimiento efectivo.- - - - -

----- “‘Es que si bien los jueces de la mayoría del fallo de ///16.- casación argumentaron que sólo la aplicación de la condenación condicional debía ser fundada por ser la excepción a la pena de encierro (art. 26 del Código Penal), no es menos cierto que la opción inversa, en casos en donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debe serlo, puesto que de otro modo estaría privando a quien la sufre la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable.- - - - -

----- “‘En tales circunstancias, los condenados se verían imposibilitados de ejercer una adecuada defensa en juicio ante la imposibilidad de refutar decisiones basadas en criterios discrecionales de los magistrados que la disponen.- - - - -

----- “‘Que, justamente, el instituto de la condenación condicional previsto en el art. 26 del Código Penal tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo

cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el artículo 18 de la Constitución Nacional.- - - - -

----- “\Que esta Corte ha sostenido en Fallos 327:3816, que «... la condenación condicional procura evitar la pena corta de prisión para quién pueda ser un autor ocasional...» y que «... la razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad, lo que sucede cuando la pena no excede de cierto ///17.- límite, o cuando no provoca mayor peligro de alarma social, es decir cuando el sujeto no es reincidente».- - - -

----- “\Que si bien surge del citado art. 26 de la ley de fondo el mandato expreso de fundamentar la condenación condicional, no por ello el magistrado deberá dejar de lado el mandato implícito que lo obliga -con el fin de asegurar una debida defensa en juicio- a dictar sus fallos en términos de una derivación razonada del derecho vigente conforme las constancias de la causa para resolver sobre una pena a cumplir en prisión\” (Se. 190/06 STJRNSP, in re “FISCALÍA N° 2”).- - - - -

----- La extensión de la cita precedente se justifica porque resalta la insuficiencia de la argumentación en relación con la imposición de pena, toda vez que, advertido el error de derecho, resulta una nueva escala penal aplicable en función de la cual el art. 40 del Código Penal manda a merituar la totalidad de los atenuantes y agravantes que surgen de las constancias de la causa y el inc. 1° del art. 41 reconoce cuatro elementos posibles, mientras que el inciso siguiente se refiere a diez, más el conocimiento “de visu” del imputado, la víctima y las circunstancias del hecho en la medida requerida para el caso.- - - - -

----- A ello sumo la nueva jurisprudencia de la Corte Suprema mencionada supra respecto de la interpretación del art. 26 del Código Penal. En este orden de ideas, se advierte que los condenados tienen derecho a conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarles un trato más favorable y llevan a privarlos de su libertad (privación disvaliosa cuando la pena de prisión es de corta duración ///18.- -Fallos 327:3816-), pues corresponde a su derecho de defensa cuestionar tal decisión. De tal modo, se veda el camino a las decisiones discrecionales o dotadas de fundamento sólo aparente (Fallos 315:1658 y 320:1463).- - -

----- Del precedente “SQUILARIO” ya analizado también surge que este proceder es

inevitable cuanto se trata de un no reincidente, pues la declaración de reincidencia aparece como una pauta objetiva para no considerar la otra alternativa.-----

-----7.- Alcance del reenvío:-----

----- La determinación de los defectos de motivación y el reenvío consecuente que he de proponer no implican una toma de postura en orden a la justicia de la pena impuesta -el monto y su cumplimiento-, sino que declaro un vicio in procedendo respecto de un requisito formal del fallo en cuanto a dicha cuestión y señalo los fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales que apoyan la nulidad. - - -

----- Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, más allá de tales fundamentos, la tarea del juzgador no encuentra sujeción alguna para el análisis de las constancias del expediente que le permitirán arribar al pronunciamiento correspondiente, “... con lo que la doctrina de este Cuerpo tampoco supone en el reenvío la fijación de un derecho limitativo de las posibles soluciones a la temática involucrada. Simplemente se exige que, cualquiera sea la que se adopte, ésta tenga fundamentos legales y constitucionales” (ver Se. 136/06, Se. 190/06 STJRNSP).- - -

-----8.- Conclusión:-----

----- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: a) de oficio, anular parcialmente el punto II de la parte resolutive de la sentencia N° 46/06 de la Cámara Primera en lo Criminal de la IIIª Circunscripción Judicial, sólo en cuanto dispone el “concurso real con el delito de lesiones leves”, por afectación del principio del “non bis in ídem” (arts. 18 C.Nac. y 1 y 439 C.P.P.); b) en los términos del art. 439 del rito, casar de oficio las partes pertinentes de los puntos III, IV y V de la parte resolutive del mismo pronunciamiento y condenar a Mauro Arsenio Zavala Colinamón, Diego Sebastián Yancanil y Emerson Sebastián Paredes, cuyas restantes condiciones personales obran en autos, como coautores penalmente responsables de los delitos de homicidio en agresión en concurso real con lesiones leves en agresión (arts. 45, 55, 95 y 96 C.P. y 369, 370 y ccetes. C.P.P.); y c) hacer lugar al recurso de casación, anular la sentencia impugnada en lo referido a la imposición de pena a Mauro Arsenio Zavala Colinamón, Diego Sebastián Yancanil y Emerson Sebastián Paredes y, en consecuencia, reenviar el expediente al tribunal de origen para que, con la misma integración (toda vez que tuvo conocimiento de visu de los condenados y, por tanto, se encuentra en las mejores condiciones para resolver esta temática), decida la cuestión en conformidad con el derecho que aquí se declara (art. 440 C.P.P.).-----

----- Cabe aclarar aquí que, “dado que en el caso existe acusación, se encuentra consecuentemente abierta la jurisdicción de la Cámara Criminal para aplicar el derecho que se ajuste a los hechos comprobados [... en el marco de] los arts. 40 y 41 del Código Procesal [que] establecen///20.- pautas mensurativas para fijar el ‘quantum’ de la pena” (Se. 117/05 STJRNSP in re “CHÁVEZ”). Asimismo, el reenvío propiciado permite asegurar la garantía de la doble instancia, en tanto la parte podrá, eventualmente, recurrir en casación la pena que ha de imponerse, posibilidad que se vería frustrada si fuera este Superior Tribunal el que resolviera el punto (Se. 190/06 STJRNSP). MI VOTO.- - - - El señor Juez doctor Luis A. Lutz dijo:-----

----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- El señor Juez subrogante doctor Francisco Antonio Cerdera dijo:-----

----- Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).-----

--

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

Primero: Anular de oficio el punto II de la parte resolutive

----- de la sentencia N° 46/06 de la Cámara Primera en lo Criminal de la IIIª Circunscripción Judicial, parcialmente y sólo en cuanto dispone el “concurso real con el delito de lesiones leves”, por afectación del principio del “non bis in ídem” (arts. 18 C.Nac. y 1 y 439 C.P.P.).- - - - Segundo: Casar de oficio las partes pertinentes de los

----- puntos III, IV y V de la parte resolutive del mismo pronunciamiento y condenar a Mauro Arsenio Zavala Colinamón, Diego Sebastián Yancanil y Emerson Sebastián Paredes, cuyas restantes condiciones personales obran en autos, como ///21.- coautores penalmente responsables de los delitos de homicidio en agresión en concurso real con lesiones leves en agresión (arts. 45, 55, 95 y 96 C.P. y 369, 370 y ccetes. y 439 C.P.P.).-

----- Tercero: Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a

----- fs. 562/566 de las presentes actuaciones por el señor Defensor Oficial doctor Gustavo Butrón, anular la sentencia impugnada en lo referido a la imposición de pena a

Mauro Arsenio Zavala Colinamón, Diego Sebastián Yancanil y Emerson Sebastián Paredes y, en consecuencia, reenviar el expediente al tribunal de origen para que, con la misma integración, decida la cuestión en conformidad con el derecho que aquí se declara (art. 440 C.P.P.).- - - - - Cuarto: Registrar, notificar y, oportunamente, devolver.

En abstención
(art.39 L.O.)

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO STJ

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 6

SENTENCIA: 87

FOLIOS: 1055/1075

SECRETARÍA: 2