En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los siete días del mes de febrero de dos mil trece, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Martín Roberto MONTENOVO**, en su carácter de Presidente, **Daniel Luis María PINTOS y Guillermo Alberto MÜLLER**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 27.992**, **carpeta individual n° 3.432**, caratulada: **"B., V. E. s/ Dcia. Lesiones graves r/v. G., A."** de la Oficina Judicial de esta Circunscripción Judicial, en la que tuvieron debida participación la Sra. Funcionaria de Fiscalía, Dra. **Stella Maris Prada**, la Sra. Defensora Pública Dra. **María Cristina Sadino** y;

----------**CONSIDERANDO**:----------

---- Que los días 18 y 19 de diciembre del año 2012 se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de la impugnación presentada por la Defensa técnica de D. F. O., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la cuestión que fue objeto

del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de D. F. O. contra la sentencia condenatoria?, y en su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Guillermo Alberto Müller, en segundo lugar el Dr. Daniel Luis María Pintos y finalmente el Dr. Martín Roberto Montenovo.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo: I.-

Arriba el caso a este Cuerpo en virtud de la impugnación ordinaria deducida por la Sra. Defensora Pública, Dra. María Cristina Sadino, contra la sentencia dictada el 17 de septiembre de 2012 por el Sr. Juez Penal, Dr. Mariano Nicosia, en cuanto falló, condenar a su asistido D. F. O., a la pena de dos años de prisión de cumplimiento condicional, a pagar las costas del proceso y a observar las reglas de conducta previstas en el Art. 27 bis inc. 1° y 8° del C.P. , por hallarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones graves en agresión (Arts. 95

y 45 del C.P.), en razón del hecho ocurrido en el interior del local comercial denominado “T.” de esta ciudad el 11 de abril de 2010 en perjuicio de A. E. G., fundando el recurso en los Arts. 29, 363, 374, 382 y c.c. del C.P.P.-

1) Estrictamente son tres motivos los que estructuran el recurso; sostiene la impugnante en primer lugar que el Juez ha incurrido en una errónea valoración de la prueba y que la crítica que realiza se endereza a demostrar que con los elementos de convicción incorporados en el juicio jamás pudo arribarse a un pronunciamiento condenatorio, que ha sobrevalorado el único testimonio sindicador de autoría que es el de la víctima, A. E. G., cuestionando la veracidad del mismo puesto que entiende ha variado en el curso del proceso quedando en evidencia serias contradicciones. La primera vinculada al conocimiento de sus agresores ya que en oportunidad de practicar reconocimientos en rueda de personas negó concurrir al local “L. T.” y luego en el debate afirmó que asistía con habitualidad lo que deja expuesto que conocía el personal de seguridad del local y por ende a las personas que fueron sometidas a los reconocimientos, como así también otras vinculadas a la vestimenta de los agresores.-

Aduce que aún otorgándole valor, lo único que establecería es que las personas que fueron sometidas a proceso resultan seguridad del local, pero es estéril a la hora de fundar autoría en la lesión.-

Sostiene que conforme la prueba, fue el primer golpe

el que causó la lesión, lo que fue confirmado por el experto, y luego acepta que se produjo una golpiza ya en el piso por varias personas pero que no causaron lesión alguna, concluyendo que de acuerdo al relato de G. el hecho presenta dos momentos, el del primer golpe que le produce la lesión sin poder acreditarse quien lo produjo y lo ocurrido con posterioridad, y que en definitiva la prueba que se utiliza para incriminar a su asistido no es certera y no logra disipar la duda y conforme establece el art. 28 del C.P.P. debe ser absuelto.-

En segundo lugar pone en crisis la sentencia denunciando una violación al principio de congruencia y a la garantía del Juez imparcial, toda vez que el A quo frente a las deficiencias que presentó el caso fiscal en lo relativo a la autoría condena y plantea un hecho y lo hace por un precepto penal diferente a aquel respecto del cual fuera intimado al tiempo de prestar declaración, distinto al que se enuncia en la pieza acusatoria y fuera acusado en la audiencia oral y pública por el Fiscal.-

Que al resultar condenado por lesiones graves en agresión (Art. 95 C.P.) revela un debilitamiento en el ejercicio de la defensa material y técnica garantizados en todo debido proceso (Arts. 18

C.N., 44 C. Prov. y 5 C.P.P.) y que ello implica ni más ni menos que la modificación del objeto procesal lo que acarrea la nulidad de la sentencia, y así lo solicita, para el supuesto de no prosperar el primer agravio.-

Por último, y en subsidio de los agravios ya expuestos, sostiene que en cuanto a la imposición de pena, la sentencia no sólo es ultrapetita al imponer una pena proporcionalmente mayor que la requerida por el Ministerio Público Fiscal, sino que también el monto impuesto viola los principios de culpabilidad, proporcionalidad, necesidad y suficiencia que rigen la pena en el estado de derecho. También agravia a la Defensa la imposición de ciento cincuenta (150) horas de trabajo comunitario no remunerado fuera de sus horarios habituales de labor y a favor de instituciones de bien público, lo que resulta innecesario toda vez que no se advierte su finalidad preventiva, además de no haberlo entendido necesario el órgano acusador.-

2) Oportunamente el Fiscal general, Dr. Adrián Cabral, contesta el traslado dispuesto solicitando el rechazo de la impugnación ordinaria y la confirmación de la sentencia.-

En relación al primer agravio considera que el pronunciamiento impugnado tiene como base la selección y valoración de la prueba ventilada en el debate, habiéndose utilizado las reglas de la sana crítica y que no se funda exclusivamente en un único testigo, tal como lo

postula la defensa, sino en la prueba rendida en el debate en su totalidad. En cuanto al segundo entiende que el sentenciante ha ejercido correctamente la facultad de otorgarle al hecho una calificación jurídica distinta con la limitación de no superar su competencia, ni de condenar al imputado por un hecho más gravoso, compartiendo la solución de calificar la conducta como constitutiva del delito de Lesiones graves en agresión (Art. 95 C.P.) y descartar la de lesiones graves en calidad de coautor (Arts. 90 y 45 del C.P.) puesto que ello no implica una modificación del objeto procesal, imputación que ha podido resistir en juicio, y en relación al último agravio entiende ajustada la pena impuesta y adecuadas las reglas de conducta aplicadas.-

3) En la audiencia celebrada a tenor del Art. 385 del C.P.P. la Sra. Defensora Pública argumentó sobre los motivos que llevaron a impugnar la sentencia sin introducir ni ampliar los fundamentos expuestos en el recurso, en tanto por el Ministerio Público Fiscal asistió la Funcionaria de Fiscalía, Dra. Estela Maris Prada, quien se limitó a mantener y ratificar el traslado evacuado por el Fiscal actuante.-

II.- En base al acuerdo arribado en la etapa de la deliberación, he de proponer a mis colegas hacer lugar a la impugnación ordinaria deducida por la Sra. Defensora Pública y absolver de culpa y

cargo a su asistido, sobre la base del primer motivo que expone la recurrente, para lo cual se tiene en cuenta la valoración de la prueba testimonial que efectuara el Tribunal de Juicio.-

El Magistrado ha tenido por acreditado que el día 11 de abril de 2010 siendo las 6:30 hs., A. E. G. se hallaba en el local "L. T." y que mientras se encontraba esperando a su pareja, quien procuraba la restitución de abrigos en el sector de guardarropas, fue atacado violentamente mediante golpes de puño y puntapiés por un total de cuatro individuos que se desempeñaban en calidad de empleados de seguridad privada del local, y que la golpiza provocó serias lesiones en su rostro y en su columna vertebral.-

Sustenta tal conclusión en los testimonios de la víctima, de su pareja V. E. B. y del Sr. M. C. C. y desde luego en las constancias médicas en particular el testimonio del médico forense, Dr. C. G.. Queda claro de la ponderación del plexo probatorio que no es más que la víctima quien pudo deponer sobre los hechos ya que tanto B. como C. solo apreciaron a G. luego de la golpiza y el estado en que se encontraba.-

El Ministerio Público Fiscal desde el inicio del proceso ha sostenido que todos los agresores debían responder en orden al delito de lesiones graves en calidad de co-autores (Arts. 90 y 45 del C.P.).

Entiendo pertinente dejar aclarado que de los cuatro uno de ellos no pudo ser habido y a otros dos se les otorgó la suspensión del juicio a prueba, llegando al juicio únicamente D. F. O.-

Si bien hasta la acusación inclusive el órgano acusador no brindó mayor fundamentación a la significación jurídica de las conductas, en oportunidad de formular conclusiones en el debate la sustenta en que O. actuó al unísono con las otras personas con la finalidad de dañar a la víctima, es decir que actuaron espontáneamente en común y con un único designio y por ello la selección del art. 45 del sustantivo.-

El Juez por el contrario ha concluido que deviene imposible determinar si fue la acción de ataque de O. o la de alguno de sus compañeros la que causó eficientemente el desenlace lesivo, como imposible es también sostener que en este caso las lesiones han sido obra común de varios sujetos y por ende aplicables las reglas generales de participación, y admite que el resultado responde a una contusión causada por un golpe y no por una multiplicidad de ellos, calificando la conducta como Lesiones graves en agresión conforme el Art. 95 del C.P., advirtiendo que la aplicación en el caso de una figura penal distinta de aquella que forma parte de la acusación implique un menoscabo al principio de congruencia, pues el despliegue de violencia, el contexto de agresión como hecho súbito y tumultuoso del ataque físico de varios contra

uno, la causación de heridas en ese marco, la aplicación de cuanto menos un golpe por parte del encausado en esas circunstancias y la entidad de la lesión, son postulados fácticos que se encuentran presentes en la plataforma fáctica atribuida, y además que la variación de la significación jurídica favorece indudablemente y en mucho la posición del atribuido, lo que habilita el art. 332 del C.P.P., no obstante finalmente impuso un monto de pena igual al requerido por la Fiscalía por un delito de mayor entidad.-

La Señora Defensora afirma que de acuerdo al único testimonio, el suceso tiene dos instancias definidas; en primer término G. recibe un golpe en el rostro cuando se hallaba sentado en un sillón que lo derriba y una vez en el piso se aproximan cuatro personas y comienzan a pegarle patadas, lo que se corresponde con el hecho materia de acusación.-

Comienza a tomar entidad el cuestionamiento de la impugnante, pues el Juez se atiene al testimonio de G., sin dudar de su veracidad, resultando claro y preciso cuando se señala que al retirarse al hall del local mientras su mujer esperaba en el guardarropas para fumar se sentó en un sillón agachó la cabeza para encender el cigarrillo y de manera imprevista recibe un golpe fuertísimo en la ceja izquierda, que en razón de su violencia hizo que su cabeza se torciera y que sus vértebras se lesionaran, que no pudo ver a su agresor porque el golpe provino de su costado, suponiendo que por la fuerza y potencia pudo ser una patada.

También dijo que lo derribó de la silla y sin poder moverse ni siquiera levantarse, y que allí cuatro o cinco sujetos que identifica como personal de seguridad del local le pegaron patadas en el cuerpo para luego arrojarlo a la vereda.-

Desde ya ello encuentra correlato en las constancias médicas, una historia clínica y la interpretación que efectuó el experto, Dr. C. G.. El examen inicial arrojó una lesión contuso cortante en la región ciliar izquierda, dolor a la palpación en zona cervical, ausencia total de sensibilidad y movilidad en brazo y pierna derecha con disminución progresiva de ambas aptitudes en las extremidades izquierdas.-

Luego por resonancia magnética se pudo establecer que el paciente registraba lesión isointensa en médula espinal al nivel de C5-C6, con posible origen contusional en base a los antecedentes del sujeto, explicando el experto que del estudio de la historia clínica surge que en definitiva se le diagnosticó a G. traumatismo raquídeo, cuadriparesia y fractura de las apófisis espinosas de las vértebras C6-C7, explicando en cuanto al mecanismo de producción que se trató de un traumatismo de mucha importancia y por ello tales consecuencias.-

Como ya mencionara encuentra correspondencia el relato de la víctima con la documental médica y la interpretación del médico forense, por ello la conclusión del Magistrado en cuanto no es

posible determinar con precisión cual de las muchas violencias desplegadas ha sido la generadora del resultado lesivo no se ajusta a lo probado, para efectuar una construcción jurídica que afecta indudablemente el principio de culpabilidad y por ello es que ha de prosperar la impugnación.-

Es requisito esencial del tipo del art. 95 del C.P. "que no conste quien o quienes provocaron el resultado", es decir la indeterminación del autor; se trata de un elemento que alude a una cuestión probatoria pues no necesariamente una agresión de mas de dos personas implica que no pueda establecerse per-se la autoría de lesiones y es preciso agotar al máximo tal extremo.-

Tampoco puede perderse de vista que la norma en cuestión –art. 95 del C.P.- ha generado un intenso debate doctrinario y jurisprudencial sobre su congruencia constitucional desde que -conforme la opinión mayoritaria- asistimos a un supuesto de presunción de autoría, contrario a los principios de inocencia y culpabilidad, sobre lo que ya se ha expedido la Corte Suprema de Justicia en el caso "Antiñir" finalmente pronunciándose a favor de la constitucionalidad de la norma, con la sólida disidencia del Dr. Fayt, quien entiende que existe un evidente contraste entre la previsión legal y nuestra Ley fundamental.-

En el caso como ya dejara expuesto el material

probatorio no brinda apoyatura a la tesis del magistrado, indiscutidamente el suceso tuvo dos tramos bien definidos, en el primero la víctima recibe el golpe letal sin poder establecerse quien fue el autor y luego al caer inmovilizado es agredido por un grupo de al menos cuatro personas que aplicó patadas sin acreditarse otras lesiones que las causadas por el impacto inicial, por lo que mal pudo llegar a esta tipicidad subsidiaria, pues ello significa extender la punibilidad, cuando la solución solo era la absolución por duda (arts. 44 C. Ch. y 28 del C.P.P.), y así lo voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- 1) Comparto el criterio expuesto por el colega que me precede en el orden de votación, en cuanto a la forma en que debe valorarse en el caso la prueba rendida en la audiencia de debate; en particular, la declaración testimonial de la víctima A. E. G., que en lo concerniente estrictamente a la autoría del hecho, aparece como un testigo único.-

Dos son los extremos relevantes de la citada deposición, el primero en orden a la mecánica causal de las lesiones sufridas, desde que -según su relato- ya el primer golpe que recibió, fue el que se las produjo; y en lo relativo a la autoría, precisamente porque respecto a ese golpe, no ha sido posible para el testigo determinar cuál de

los sujetos -identificados como personal “de seguridad” del local bailable denominado “T.”-, pudo haber cometido el mismo.-

A lo largo del proceso, han sido reiteradas las alusiones del testigo víctima acerca de aquella imposibilidad de identificación y/o de reconocimiento del autor. Pero, estimo sumamente relevante poner de resalto que ya en la diligencia del reconocimiento de personas, de fecha 3 de junio de 2010, identificada como “Solicitud jurisdiccional n° 4487”, el reconocimiento “positivo” que hiciera G., en verdad –y según el propio tenor del acta labrada en aquella oportunidad-, consistió solamente en indicar que el acusado O. era “una de las personas que intervino en el hecho”; lo cual no equivale ni se identifica en absoluto, con atribuirle la autoría de aquel golpe que, según su propia versión, desde el inicio lo dejó “inválido” -expresión compatible con el informe del Cuerpo Médico Forense que reveló que el cuadro presentado por G. fue: “traumatismo Raquídeo.

Cuadriparesia. Fractura de Apófisis espinosa de C6 y C7”-.-

Siempre siguiendo los dichos de la propia víctima, tenemos que recién en un segundo momento de la golpiza encontrándose tirado en el suelo, fue que sí pudo ver algunas caras, siempre vinculadas al personal de “seguridad del local”. Si estamos a la propia interpretación del Juez del juicio, en el sentido que esta clase de empleados exhibe

normalmente un *modus operandi*, por el cual a través del empleo de equipos de comunicación se da aviso de alguna situación que requiere su intervención, y a partir de allí se congregan en un determinado sitio; entonces, no puede descartarse por ejemplo –a título de hipótesis probable-, que quien primero acude al lugar y golpea a G., haya sido otro de los integrantes del personal de "seguridad", mientras que O. pudo haberse sumado poco después.-

Decíamos al comienzo que, en orden a la autoría del hecho, la víctima de las lesiones aparece como un "testigo único". Y si bien es cierto que, en el régimen probatorio de la sana crítica racional, ello no tiene por qué disminuir su importancia, en orden a la acreditación de los hechos controvertidos en el juicio; debe recordarse que este principio de interpretación de la prueba, es razonable "siempre y cuando **el juez, a su través, adquiera certeza sobre la existencia de determinada circunstancia de hecho"** (CNCas. Pen., Sala I, causa "G., Julio G. s/ recurso de casación", del 25 de noviembre de 1997, publicada en La Ley 1998 –A, 353). Por el contrario, cuando ello no es posible, debe operar el principio *favor rei* (art. 28 C.P.P.).-

2) Recordemos que sobre el *favor rei* Roxin enseña que: "El principio del derecho vigente reza: 'sobre el resultado de la recepción de la prueba' –por tanto, sobre los hechos,- 'decide el tribunal

según su libre convicción extraída de la totalidad del juicio'. Esto significa que el juez debe considerar cierto un estado de cosas determinado, sin duda alguna ... por otra parte, se debe postular que la mera certeza subjetiva del juez no es suficiente allí donde el resultado objetivo de la recepción de la prueba no admite una conclusión racional y convincente sobre la autoría del acusado... El acusado también debe ser protegido de los errores de valoración del juez en la formación de la convicción. Por ello, es exigible que el proceso de formación de la sentencia también pueda ser controlado posteriormente por otros jueces y que no se base en meras suposiciones" (aut. cit., "Derecho Procesal Penal", pág. 103).-

Y en relación a la duda, señala el autor que un importante principio probatorio del proceso penal, es aquel según el cual ante la duda se debe decidir a favor del acusado (*in dubio pro reo*); con la salvedad de que este principio "no es una regla para la apreciación de las pruebas, sino que se aplica sólo después de la finalización de la valoración de la prueba...".-

Por su parte, y en torno a la interpretación en esta materia, leemos en el voto del Sr. Ministro de la Sala Penal del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, Dr. Pfleger, en la carpeta nº 16, sentencia nº 14/10: "…estimo, que la solución del caso se encontró fuertemente condicionada por la idea del principio político 'in dubio pro reo' (en caso

de duda debe siempre estarse a lo que resulte más favorable al imputado, refiero en castellano para darme a entender más correctamente) que en materia procesal penal incide vigorosamente en la capacidad de expansión del poder estatal. Como ya lo he expresado en causa: *"RODRÍGUEZ WATSON, Delfín Heriberto s/ Homicidio con exceso en la legítima defensa." (Expte. 20.249-178-R-2005)*, para los que ejercemos el poder por el Estado, existen limitaciones constitucionales al ejercicio de esa potencia, tanto y más en el contexto en que la tensión entre poder político y derechos individuales se hace más intensa: el proceso penal. Así, en el caso en que se produzca el conflicto, siempre ha de estarse por la aplicación de cualquier regla limitativa, pues es de la naturaleza del Estado Constitucional de Derecho, precisamente, la restricción. Cuando Julio B. Maier, con sencillez encomiable aborda el tema que he esbozado antes – y entre otros conceptos – habla de "... choque de intereses..." que cuando se produce, obliga a elegir entre uno y otro extremo de aquella tirantez. Para ejemplificar el modo en que operan los predicados considera capital "... al in dubio por reo como regla básica de valoración de la prueba, que, al menos al final del debate judicial, privilegia por medio de una ficción, la situación del imputado frente a los órganos de persecución estatal..." (ver el autor en su "Derecho Procesal Penal" T II, pág. 423, el encomillado es textual). El principio político enunciado y la

garantía del juicio legal y regular, por otra parte, constituyen verdaderos desequilibrios que perjudican al Estado (la acusación) o a los legitimados que coadyuvan con su tarea (los querellantes adhesivos). Quien esto sostenga se habrá pronunciado con absoluta verdad y habrá acertado en reconocer, si la opinión no es descalificante, la clave del orden legal que impera…".-

3) La solución escogida por el sentenciante, en el sentido de modificar el encuadramiento del hecho propuesto por el acusador público y aplicar el art. 95 del C.P., entiendo que no permite superar las dificultades probatorias reseñadas precedentemente; ni tampoco autorizan a dejar de lado el principio *favor rei* en orden a la autoría del hecho, según hemos concluido en los apartados precedentes. En efecto, desde antiguo, nuestra doctrina penal ha sostenido que es necesario "…distinguir claramente dos situaciones: a) la duda probatoria acerca de quién es el autor, circunstancia independiente de la riña, y b) la participación en una riña, con o sin que se establezca quién es el autor" (cfme. Soler, Sebastián, "Derecho penal argentino", t. III 4 ed., Ed. TEA, Buenos Aires, 1987, actualizado por Manuel A. Bayala Basombrío, 47/8, artículo de Alexis. L. Simaz, titulado: "El homicidio en riña y su problemática interpretación constitucional", publicado en "Revista de Derecho penal y procesal penal", marzo 2012, edit. A.edo Perrot).-

En el estudio citado *ut supra*, más adelante, se recuerda que la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios de la Cámara de Senadores, en el año 1997, ha argumentado que cuando el art. 95 C.P. establece como requisito de aplicación de la pena que no conste quiénes causaron la muerte (en nuestro caso, Lesiones graves), hay que entender que el citado artículo "…aunque conste quién mató o lesionó, se aplica a todos aquellos respecto de los cuales no conste la autoría de la lesión final y no se pudiera probar el dolo de una tentativa o consumación en coautoría, restando, por lo tanto, a lo sumo imprudencia. El art. 95 –concluye la Comisión- no debe ser entendido como una disposición que viola el principio de inocencia de tal modo de sancionar a algunos que hicieron algo, porque no está probado quién fue el responsable de lo más grave, sino que, aunque esté probado quién fue el responsable de lo más grave, todos los demás que ejercieron violencia deben responder con la estructura de un Homicidio preterintencional"
(cfr. caso "Antiñir" de la CSJN, voto de la mayoría consid. 15). También Zaffaroni en su voto, argumentó en este punto que: "No se trata de una cuestión de prueba, sino de una imposibilidad material de establecer participaciones" (citado también por Simaz).-

II.- En consecuencia, sumo mi voto por la afirmativa a

la presente cuestión; lo que nos conduce a la revocación de la sentencia de condena impugnada, y la absolución del acusado D. F. O..-

Por último, y en apoyo de todo lo expuesto, también se toma en cuenta la jurisprudencia de la C.N.Cas.Pen., que ha sostenido que: "El control de la Casación se diferencia… del análisis de la arbitrariedad asumido por la Corte, en tanto la revisión de la Cámara ha de controlar el **respeto por el método** en la fundamentación del fallo. En ese campo **no pueden quedar abiertas hipótesis** a pesar de que alguna de ellas resulte más plausible que las otras. Se requiere para el juicio de responsabilidad que una de las posibilidades que en abstracto compiten por explicar lo sucedido **se imponga a las demás con un grado de certeza** que permita su descarte…". –del voto del Dr. Yacobucci causa: "Pereira, Guillermo C.…", sentencia del 8 de marzo de 2010. (el destacado ha sido agregado al original).-

Por su parte, en el análisis de las causales de arbitrariedad, en la sentencia n° 11/10 de la Sala Penal del S.T.J., con cita de Carrió se destacó que: "…No basta resolver el litigio; hay que resolverlo con criterios y apreciaciones que por hallarse dotados de fuerza de convicción, puedan convencer. De otro modo la decisión no sería más que el producto del arbitrio de los Jueces. En otras palabras: no basta que un

fallo tenga fundamentos; es menester que estos fundamentos estén a su vez fundados. Porque si no lo están sólo hay apariencia de fundamentación…" (del voto del Dr. Pfleger).-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

**I.-** En primer término, debo decir que coincido con el sentido en que se han expedido los colegas que me precedieron en orden de sufragio, tal como quedara en claro del adelanto de la parte dispositiva de este acto.-

Luego, que no he de reiterar los antecedentes del caso, posturas de las partes y términos de la Sentencia de grado, valiéndome para ello de la reseña realizada en el primer voto de la presente.-

**II.-** Este Cuerpo ha interpretado en reiteradas oportunidades que el art. 332 del CPPCh. debe entenderse de manera amplia, especialmente en lo que refiere a la identificación de un eventual menoscabo al derecho de defensa generado por un cambio de la calificación legal del hecho en la Sentencia, aún cuando el precepto consagrado en esta sea más leve que el pretendido por el Acusador Público, lo cual sucede en este caso (Carpeta nº 2913, "N.", sentencia nº 4/12, entre otras).-

Hemos dicho en los precedentes mencionados que si el

nuevo encuadre jurídico introducido por el Sentenciante fue o pudo ser contestado por el imputado y su asistente técnico, ello desde la conceptualización de que el derecho de defensa consiste en poseer la chance oportuna de postular y ofrecer prueba o controlar la del adversario procesal, se verifica la previsión legal contenida en la última frase del segundo párrafo de la norma citada en tanto el imputado "pudo resistir" el reproche efectuado, sin perjuicio del cambio de precepto.-

Pero el mentado art. 332 en su primer párrafo también regula lo atinente a la congruencia fáctica que debe existir entre Acusación y Sentencia. En ello mantiene la regulación, a grandes rasgos, del orden ritual anterior, fruto a su vez de una marcada evolución doctrinaria y jurisprudencial (Tratado de la prueba en materia penal, tomo III, pág 508 y 509, Jauchen.).-

Así es que cuando el Legislador refiere a que el hecho descripto en la Sentencia no debe "sobrepasar" al propuesto en la Acusación, cabe interpretar que prohibe cualquier modificación del sustrato fáctico, aunque lo lleve a una significación jurídica de mayor levedad, si ello resulta generador de un menoscabo al derecho de defensa, lo cual, precisamente, es una de las críticas de la impugnante.-

**III.-** En el caso, el Fiscal mantuvo su posición de

considerar a los cuatro imputados originales, uno de ellos, D. F. O. el único que arribó a Juicio Oral e impugnó la condena, como coautores del delito de Lesiones graves (arts. 90 y 45 del CP). Pero el Magistrado cambió el precepto por el de Lesiones graves en Agresión (art. 95 CP), y con ello, considero, alteró la descripción del hecho, lo cual lo llevó a una valoración indebida de la prueba rendida.-

Hemos dicho, también reiteradamente, que descripción de los hechos que se atribuyen al acusado y precepto jurídico aplicable conforman dos aspectos de la imputación que se encuentran íntimamente relacionados, de allí la acertada regulación que ostenta el orden adjetivo actual.-

En el sub-judice si bien no es posible discutir que el día 11 de Abril de 2010, A. G., se hallaba en el local bailable "L. T." de esta ciudad , a las 6:30 hs. aproximadamente, y allí, cuando esperaba a su pareja V. B., para retirarse del sitio, fue golpeado por empleados de seguridad privada, lo que le provocó lesiones en el rostro y la columna vertebral, lo que se desprende claramente de los testimonios del propio G., B. y M. C., más las constancias médicas, no se ha podido determinar desde el plexo cual de los cuatro empleados fue el que aplicó el golpe generador de las mentadas lesiones.-

Fue el propio G. el que relató el momento

determinante del hecho, claramente. Sentado esperando a su pareja recibió un golpe en la cabeza que lo desplazó violentamente hacia atrás. No observó al autor de tal acción, pero luego sí divisó desde el suelo que cuatro o cinco empleados del boliche se aproximaban y lo pateaban. Pero la lesión fue consecuencia del primer golpe, los otros no dejaron secuelas, tal como surge de la prueba médica.-

Evidentemente el suceso contuvo dos segmentos, muy próximos en tiempo, pero dos al fin. Y la acción reprochada ha sido parte del primero de los segmentos aludidos. El autor del golpe no pudo ser identificado, por lo cual la postura del Ministerio Público de endilgar tal conducta al resto de los imputados en grado de coautoría de Lesiones, los que actuaron después y de manera atípica, no se justificaba.-

Pero el Magistrado, ignoró la existencia de los segmentos en que puede dividirse el hecho, y sobre la base de la apuntada imposibilidad de descifrar al autor del golpe generador de la lesión, cambio el precepto por el del art. 95 del CP, valiéndose de la chance que este confiere de sancionar a un grupo de personas cuando todas agredieron a la víctima, y no es posible individualizar al autor del menoscabo en su cuerpo.-

Más allá de la discusión sobre la constitucionalidad del

precepto referido, evaluado a la luz del principio de culpabilidad, aquí solo una persona "puso manos" sobre G. de forma idónea para generar las lesiones, y esta no ha podido ser individualizada.-

**IV.-** Por todo ello, el cambio de precepto alteró el hecho descripto desde el comienzo del proceso, provocó un menoscabo al derecho de defensa, generó una interpretación excesiva del plexo, lo cual fue materia de agravio, por lo que el recurso debe prosperar, y por imperio del beneficio del a duda (art. 28 CPPCh.), ante la imposibilidad de determinar al autor de la lesiones, corresponde, además de revocar la Setencia, absolver al imputado. Así voto.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

En orden al resultado al que se ha arribado en la cuestión precedente, propongo que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado D. F. O.; revocar la sentencia condenatoria nº 75/12, de fecha 17 de septiembre de 2012, y en consecuencia absolver a D. F. O., en orden al delito de Lesiones graves en agresión (arts. 95 y 45 del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad, en el local bailable "T." el día 11 de abril del año 2010, en perjuicio de A. E. G..-

Asimismo corresponde regular los honorarios de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la presente etapa de

impugnación, en la suma de pesos tres mil quinientos cuatro con treinta y cuatro centavos ($3504,34) (14 JUS) Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

De acuerdo al resultado al que se ha arribado en la cuestión precedente, adhiero a los dichos del colega preopinante, es decir que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado D. F. O.; revocar la sentencia condenatoria nº 75/12, de fecha 17 de septiembre de 2012, y en consecuencia absolver a D. F. O., en orden al delito de Lesiones graves en agresión (arts. 95 y 45 del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad, en el local bailable "T." el día 11 de abril del año 2010, en perjuicio de A. E. G..-

Asimismo adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

Atento al resultado al que se ha llegado en la cuestión precedente, coincido con mis colegas en que se dicte el siguiente pronunciamiento: hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado D. F. O.; revocar la sentencia condenatoria nº

75/12, de fecha 17 de septiembre de 2012, y en consecuencia absolver a D. F. O., en orden al delito de Lesiones graves en agresión (arts. 95 y 45 del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad, en el local bailable "T." el día 11 de abril del año 2010, en perjuicio de A. E. G..-

De igual forma coincido con la regulación de honorarios propuesta.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

----------**RESUELVE:**----------

---

**1º) HACER** lugar a la impugnación deducida por la Defensa del acusado D. F. O. (arts. 374, 376 inc. 5to. del CPP y 18 CN).----------**2º) REVOCAR** la sentencia condenatoria nº 75/12, de fecha 17 de septiembre de 2012, y en consecuencia **ABSOLVER** a D. F. O., en orden al delito de Lesiones graves en agresión (arts. 95 y 45 del CP), por el hecho ocurrido en esta ciudad, en el local bailable "T." el día 11 de abril del año 2010, en perjuicio de A. E. G. (arts. 44 C.Ch. y 23 del C.P.P.).----------

---

**3º) REGULAR** los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación, en la suma de pesos tres mil

quinientos cuatro con treinta y cuatro centavos ($3504,34) (14 JUS) Ley XIII, Nº 15, modificatoria de la Ley XIII Nº 4 (antes Ley 2.200).----------

**4º)** Cópiese, protocolícese, notifíquese.----------

La presente es firmada por dos de los Sres. Magistrados por encontrarse en uso de licencia con posterioridad a la deliberación el Dr. Guillermo Alberto Müller.----------