

Procedimiento Pena Calificacion Ministerio Publico Acusacion Fiscal Juez Facultades Limites Principio De Congruencia

JURISPRUDENCIA

Procedimiento. Pena. Calificación. Ministerio Público. Acusación

Fiscal. Juez. Facultades. Límites. Principio de congruencia
interpuesto contra la sentencia de Cámara que agravó la pena impuesta a los imputados, sin tomar en cuenta lo expresado por el fiscal de Cámara, que recomendó disminuir la pena a los encartados por considerarla un gravamen mayor al que debían en realidad sufrir.

Se declara inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad

En la ciudad de Santa Fe, a los catorce días del mes de abril del año dos mil quince, se reunieron en acuerdo los señores Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, doctores Daniel Aníbal Erbetta, María Angélica Gastaldi, Rafael Francisco Gutiérrez, Mario Luis Netri y Eduardo Guillermo Spuler, integrada por el señor Juez de Cámara doctor Juan Manuel Oliva, bajo la presidencia del titular doctor Roberto Héctor Falistocco, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados "R., N. J. Y OTRO -RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD (EXPTE. 313/11) EN AUTOS 'Z., V. H. 2) R., N. J., 3) L., J. A. S/ 1) HOMICIDIO AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO EN GRADO DE TENTATIVA Y PORTACION ILEGAL DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL O CONCURSO REAL 2) PARTICIPE PPAL. DE HOMICIDIO AGRAVADO' (EXPTE. 747/10) sobre RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD" (Expte. C.S.J. N° 414, año 2012, CUIJ N°: 21-00508594-9). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿es admisible el recurso interpuesto?, SEGUNDA: en su caso, ¿es procedente? TERCERA: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar?. Asimismo se emitieron los votos en el orden en que realizaron el estudio de la causa, o sea, doctores: Falistocco, Erbetta, Gastaldi, Gutiérrez, Spuler, Netri y Oliva. A la primera cuestión, el señor Presidente doctor Falistocco dijo: 1. Mediante auto dictado el 16 de octubre de 2012, en A. y S. T. 246, pág. 295, esta Corte concedió parcialmente el recurso de queja interpuesto por los imputados R. y L., contra la sentencia del 11 de mayo de 2011 dictada por la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Penal de esta ciudad. 2. En aquella oportunidad sostuve que debía admitirse la queja en relación a la pena impuesta a L. pero rechazarse respecto del imputado R., por ser diferentes las situaciones que contemplan a ambos recurrentes. 3. En el examen de admisibilidad que impone efectuar el artículo 11 de la ley 7055 no encuentro razones para apartarme de la posición sustentada en aquella oportunidad, por lo que voto parcialmente por la afirmativa. Ello es así, por cuanto la defensa logra articular una hipótesis de violación del derecho a la jurisdicción con idoneidad suficiente como para operar la apertura de esta instancia de excepción vinculado con lo expresado por el fiscal de Cámara al recomendar disminuir la pena a los encartados por considerarla un gravamen mayor al que debían en realidad sufrir. 4. El dilema, en definitiva, puede simplificarse a partir de la pregunta acerca de la posibilidad que tiene el órgano Jurisdiccional de aumentar la pena, en referencia a la solicitada por el actor penal. Analizando el monto de las penas impuestas, de las constancias de la causa se desprende que el Fiscal de Cámaras, al contestar agravios en relación al imputado R., dictaminó que "...puede llegar a contemplarse una moderada disminución atento a mi solicitud de revocación del delito de Portación de arma de fuego de uso civil" (f. 771, expte. principal). La Sala Tercera de la Cámara Penal de esta ciudad al resolver la cuestión, impone la pena de 10 años de prisión a R. por considerarlo penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego en grado de tentativa y portación ilegal de arma de fuego de uso civil, en concurso real. De esta manera, se vislumbra que la alteración del monto de la pena entre lo dictaminado por el Fiscal de Cámara y lo resuelto por la Alzada respondió a una diferente calificación de la conducta reprochada -concretamente, la Sala lo condenó por el delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil- y por tanto, tal circunstancia se encuentra expresamente contemplada en el artículo 402 II del Código Procesal Penal (ley 12912) en cuanto allí se estipula que el juzgador "No podrá imponer una pena superior o más grave que la pedida por el fiscal salvo que ello sea consecuencia del cambio de calificación jurídica". No debe perderse de vista que en el ámbito de la garantía de congruencia, juega un papel importante el principio sintetizado mediante el adagio "iura novit curia", que implica un área de dominio del juzgador para decidir la controversia según su entendimiento del derecho. En este equilibrio entre ambos principios, el legislador provincial se inclinó por facultar al juez a variar la calificación jurídica respecto de la solicitada por el fiscal, siempre y cuando, claro está, no se afecte el derecho de defensa a partir de una modificación de la base fáctica imputada originariamente. En el caso traído a estudio, la defensa no solicita la inconstitucionalidad del artículo 402 II, y del dictamen del Fiscal se desprende que el único motivo para solicitar la disminución de la pena fue la diferente calificación escogida. Así, cobra plena vigencia el segundo párrafo del referido artículo -cuya constitucionalidad fue reconocida por este Cuerpo en "Noguera" (A. y S. T. 217, págs. 299/304)- y por tanto estimo que la actividad decisoria desplegada por la Sala respecto de la mensura de la pena del imputado R. se condice con la normativa procesal aplicable, y tal regulación no ha sido atacada en su constitucionalidad, adquiriendo plena vigencia lo

sostenido reiteradamente en cuanto a que un apego estricto al sistema democrático de división de poderes implica que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional, "última ratio" del orden jurídico (Fallos:249:51) y al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad o razón ineludible lo requiera (Fallos:248:398; Corwin, *The Constitution of the United States of América*, pág. 562, Washington, 1953; Fallos:260:83; 260:153; 264:364, entre muchos otros precedentes), las que -se reitera- no se constatan en el "sub examine". Es por estos motivos que, estimo, los reproches dirigidos a la condena a 10 años de prisión impuesta a R. son inadmisibles. Así, pues, la tacha de arbitrariedad vinculada con la falta de fundamentación respecto de este imputado, no ha sido articulada con la suficiencia y la carga técnica necesarias para que su pretensión sea considerada en esta sede, ya que -más allá de que pueda compartirse o no el criterio del A quo- la sentencia, en este aspecto, cuenta con fundamentación suficiente para ponerla a salvo de la crítica ensayada y presenta aval normativo como para ser considerada derivación razonada del derecho vigente.

5. Respecto del imputado L., se advierte que fue condenado en primera instancia a la pena de 8 años de prisión por considerarlo penalmente responsable como partícipe principal del delito de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego en grado de tentativa; tal sentencia es apelada por la defensa y en su dictamen el fiscal de Cámara expresó que "...tomando como punto central el grado de participación en el evento, y la extensión del daño en la persona de la víctima, considero que puede reducirse la pena a siete años de prisión...". No obstante ello, la Cámara resolvió confirmar la condena a 8 años de prisión impuesta por el A quo. En este caso, a diferencia de lo ocurrido con el imputado R., la variación no obedeció a una diferente calificación jurídica sino que tanto la fiscalía como la Alzada coincidieron en el tipo penal aplicable y tal situación también se encuentra contemplada en el artículo 402 II del Código Procesal Penal, antes analizado. En este contexto, entiendo que este proceder de la Alzada resulta "prima facie" descalificable desde la óptica constitucional, toda vez que se habría vulnerado, en principio, la normativa procesal que reglamenta el principio de congruencia en materia penal y por tanto las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso lo que habilita la admisibilidad parcial del presente recurso. Voto, pues, parcialmente por la afirmativa. A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta dijo: 1. Mediante resolución registrada en A. y S. T. 246, pág. 295, esta Corte -por mayoría- admitió parcialmente la queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de los imputados R. y L., contra la sentencia del 11 de mayo de 2011 dictada por la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Penal de esta ciudad, en el entendimiento de que la postulación vinculada con la deficiente fundamentación del monto de la pena impuesta a los condenados importaba -"prima facie"- articular con seriedad un planteo que podía configurar una hipótesis de arbitrariedad con idoneidad suficiente como para operar la apertura de esta instancia extraordinaria. El nuevo examen de admisibilidad que le compete efectuar a este Tribunal a mérito de lo dispuesto por el artículo 11 de la ley 7055, me conduce a ratificar dicho criterio de conformidad con lo dictaminado por la Procuración General a fojas 25/26v. 2. En el caso, y tal como se expresa en el voto precedente, la cuestión a decidir se vincula con la posibilidad de los jueces de imponer una pena superior a la requerida por el acusador. Y, al respecto, entiendo que la admisión de la facultad de los tribunales de exceder la pretensión punitiva de los fiscales resulta "prima facie" incompatible con postulados constitucionales, como seguidamente se expondrá. 2.1. En primer lugar, esta problemática se relaciona con la congruencia del proceso, que consiste, como este Tribunal puso de resalto en "Valiente" (A. y S. T. 122, pág. 140), en aquella exigencia que obliga a establecer una correlación total entre los dos elementos definidores del esquema contencioso: la pretensión y la decisión. Sobre el alcance de este principio ya tuve oportunidad de expedirme en mi voto en "Capozucca" (A. y S. T. 242, pág. 395) donde sostuve que esta regla -incorporada en el entonces vigente artículo 402 II de nuestro Código Procesal Penal según ley 6740- no se atiene exclusivamente a la plataforma fáctica contenida en la acusación y sobre la que se apoya la calificación legal propuesta por el actor penal, sino que también incluye un aspecto no menos importante cual es la pena que habrá de soportar el imputado. En efecto, el segundo párrafo del referido artículo establece una verdadera limitación a la pena que ha de individualizar el tribunal que decide aceptar la pretensión punitiva, la que nunca puede ser mayor, ni más grave a la propiciada por el acusador. Este criterio además ha sido el asumido por los señores Ministros doctores Lorenzetti y Zaffaroni en el caso "Amodio" (Fallos:330:2658, criterio reiterado por ambos Ministros en "Ciuffo", 11.12.2007; "Curio", 03.06.2008; "Carello Salcedo", 24.06.2008; "Frías", "Cuenca" y "Fagundez", 12.08.2008 -en este último, el doctor Fayt también suscribió la disidencia- y por el doctor Zaffaroni en "Zimmerman", 16.02.2010 y "Epstein", 19.05.2010). En dicha oportunidad, los Magistrados del Alto tribunal -profundizando acerca del alcance que cabe otorgarle a la correspondencia entre acusación y sentencia- destacaron que toda vez que el derecho de defensa impone que la facultad de juzgar conferida por el Estado a los tribunales de justicia debe ejercerse de acuerdo con el alcance que fija la acusación, y dado que la pretensión punitiva constituye una parte esencial de ella, cualquier intento por superarla implica un ejercicio jurisdiccional "extra o ultra petita". En otras palabras, como el pedido de pena forma parte de la acusación, si los jueces al fallar, imponen una sanción mayor a la requerida por el actor penal, incurren en un exceso de jurisdicción, al colocar al justiciable en una posición más desfavorable que la pretendida por el propio órgano acusador. Asimismo, el respeto del principio de congruencia resulta esencial

para hacer efectiva la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio reconocida constitucionalmente (arts. 18 y 75, inc. 22, C.N.; arts. XVIII y XXVI, D.A.D.D.H.; art. 10, D.U.D.H.; art. 8, C.A.D.H.; art. 14, P.I.D.C. y P.). Al respecto, ha sostenido esta Corte que el fundamento del principio radica en la garantía constitucional del debido proceso y -más específicamente- en una de sus manifestaciones: la inviolabilidad de la defensa en juicio (cfr. A. y S., T. 220, pág. 414; T. 232, págs. 312 y 381, entre otros). A mayor abundamiento, y en lo que hace a la determinación de la pena se ha dicho que "...una sentencia que imponga un pena mayor a la requerida por el fiscal en la acusación resulta violatoria del derecho de defensa del acusado por cuanto impide pronunciarse efectivamente sobre la individualización y proporcionalidad de la sanción aplicada" (CNCas. Penal, sala IV, "Argüello, C. s/ Recurso de casación", 12.11.2007).

2.2. Pero además, la prohibición de los jueces de superar la pretensión punitiva de la acusación responde a principios de cuño acusatorio exigidos no sólo desde la ley sino desde el orden constitucional (arts. 18 y 24, C.N.; art. 8.5, C.A.D.H.; art. 14.1, P.I.D.C. y P.; art. XXVI, D.A.D.D.H.; art. 11.1, D.U.D.H.). Es que, un proceso acusatorio exige, en lo que aquí interesa, la separación entre el órgano investigador y el juzgador; que no haya juicio ni condena sin acusación; y que aquélla no pueda ir más allá de ésta. En sentido coincidente se han pronunciado los señores Ministros doctores Lorenzetti y Zaffaroni en su disidencia en el ya citado caso "Amodio", donde expusieron que "...la función jurisdiccional que compete al tribunal de juicio se halla limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio de ella que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de la etapa acusatoria de nuestro modelo de enjuiciamiento penal; máxime si se tiene en cuenta que en el logro del propósito de asegurar la administración de justicia los jueces no deben estar cegados al principio de supremacía constitucional para que esa función sea plena y cabalmente eficaz (cfr. doctrina de Fallos:308:490 y 311:2478, entre otros)". De esta forma, determinaron que los postulados constitucionales aludidos llevan a afianzar el principio acusatorio que rige el debate y, por ende, la plena jurisdicción reconoce un límite máximo a su ejercicio, cual es, el delimitado por los términos de la acusación pública y también privada en caso de haberla; para finalmente concluir los mencionados Magistrados que como el derecho de defensa opera como límite concreto de la función jurisdiccional, en tal caso se verificaba un exceso en el ejercicio de ella, en la medida en que el juez sentenciante había excedido la pretensión punitiva del órgano acusador e impedido con ello el pleno ejercicio de aquella garantía en lo que respecta a la individualización y proporcionalidad de la pena finalmente impuesta. Asimismo, ello se vincula con la igualdad de partes que debe respetarse en el proceso penal. Así, entendieron los referidos Jueces que "...desde la perspectiva del derecho de defensa del imputado el ejercicio de la judicatura en los términos indicados opera como garantía de equilibrio dentro de un proceso penal que, en ocasiones, puede llegar a reconocer incluso más de dos acusadores (...). De lo contrario, la propia función jurisdiccional podría conspirar contra el ideal constitucional de igualdad que en el proceso penal requiere equiparar las posibilidades del enjuiciado respecto de las de los acusadores (...)" (cfr. considerando 14).

2.3. Por último, la garantía de imparcialidad del órgano juzgador también se encuentra estrechamente relacionada con los principios enunciados, de modo que el alcance que actualmente se le asigna no es compatible con la posibilidad de que los jueces puedan decidir las consecuencias del delito con independencia de la pretensión de la acusación. En análogo sentido, se ha señalado que la imparcialidad del juzgador se ve disminuida por cualquier actuación "ex officio", al menos en su apariencia y, sobre todo, cuando tercia espontáneamente en el debate y ejercita su potestad para imponer una pena más gravosa que la pedida por la acusación (Langevin, Julián H.: "Los límites punitivos del juzgador en el proceso penal", La Ley 2007-D, 633). Por ello, no es posible que el tribunal vaya más allá de lo solicitado si se pretende que no abandone su posición de tercero imparcial e imparcial (Erbetta, Daniel; Orso, Tomás; Franceschetti, Gustavo; Chiara Díaz, Carlos: "Nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe Comentado Ley 12734", Ed. Zeus, Rosario, pág. 124).

2.4. En suma, resulta indudable que el juez no puede fallar en exceso de la pretensión del fiscal y ello no sólo -como se dijo- en resguardo de la congruencia y del derecho de defensa en juicio y de las normas constitucionales y convencionales que reclaman un sistema procesal de corte acusatorio, respetuoso del principio de contradictorio y de igualdad, sino también por la garantía de imparcialidad del juzgador.

3. Trasladando estos conceptos al caso bajo estudio, el fallo recurrido aparecería descalificable desde la óptica constitucional, en tanto a la hora de determinar la pena de los imputados, los Jueces de la Alzada se habrían excedido de lo peticionado por el Fiscal de Cámaras.

3.1. En primer lugar, se analizará la situación de J. A. L..

3.1.1. De las constancias de la causa, se advierte que el imputado fue condenado en primera instancia a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales por igual tiempo y costas, como "partícipe principal penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego en grado de tentativa" (arts. 45, 79, 41 bis y 42, C.P., cfr. f. 724, expte. principal). Luego, al momento de contestar los agravios expresados por la defensa técnica del justiciable -referidos, entre otros aspectos, al monto de la condena-, el Fiscal de Cámaras expuso respecto de la pena impuesta a L. que "...tomando como punto central el grado de participación en el evento, y la extensión del daño en la persona de la víctima, considero que puede reducirse la pena a siete años de prisión, accesorias legales y costas" (cfr. f. 771v., expte. principal). Finalmente, la Sala, pese a referir que el Fiscal de Cámaras "había considerado posible una disminución", confirmó la pena a ocho años de prisión impuesta por el Juez de

Sentencia (cfr. fs. 784 y ss., expte. principal). 3.1.2. Este proceder de la Alzada habilita la apertura de la vía de excepción intentada por la defensa, toda vez que como surge del relato de los antecedentes efectuado, los Jueces habrían incurrido en un exceso de jurisdicción al mantener la condena a ocho años de prisión cuando el Fiscal de Cámaras había consentido una disminución de la pena. En efecto, el representante del Ministerio Público estimó que la sanción podía disminuirse a la de siete años de prisión, por lo que fijó un límite al ejercicio de la función jurisdiccional que no debería haber sido superado por el Tribunal. En consecuencia, al advertirse que la Sala se expidió más allá de lo pedido por el actor penal, corresponde declarar admisible el remedio intentado.

3.2. Cabe ahora analizar la situación del coimputado N. J. R. 3.2.1. Surge de autos que R. fue condenado en primera instancia como "partícipe principal penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego en grado de tentativa y autor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil en concurso real" (arts. 45, 79, 41 bis, 42, 189 bis (2) tercer párrafo y 55, C.P.) a la pena de diez años de prisión, accesorias legales por igual tiempo y costas (cfr. f. 724, expte. principal). Apelada esta decisión por su defensa técnica -versando sus agravios, entre otras cuestiones, sobre la excesiva pena impuesta y sobre la forma de concurrir de los delitos de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en tentativa y de portación ilegal de arma de fuego de uso civil (cfr. fs. 759/766, expte. principal)-, el Fiscal de Cámaras, al contestarlos, entendió que se trataba de un concurso aparente de delitos y en consecuencia, peticionó que se revocara el fallo en tal sentido. Seguidamente, a la hora de analizar los agravios de la defensa vinculados con la pena impuesta, el actor penal expresó -respecto de R. y Z.- que: "...puede llegar a contemplarse una moderada disminución atento a mi solicitud de revocación del delito de Portación de arma de fuego de uso civil" (cfr. f. 771, expte. principal). La Sala -por mayoría- confirmó la sentencia de primera instancia, en el entendimiento de que los delitos en cuestión concurrían en forma real y de que la pena establecida por el Juez de primera instancia lucía justa, equitativa y perfectamente adecuada a la gravedad de los hechos y a la intensidad de la culpabilidad del causante (cfr. fs. 784v./785, expte. principal).

3.2.2. Entiendo que en relación a este imputado también debe declararse admisible el recurso de inconstitucionalidad dado que, ante la coyuntura procesal reseñada, el Tribunal debería haber disminuido la pena dispuesta en primera instancia acogiendo lo peticionado por el Fiscal de Cámaras. Ello es así por cuanto, si bien en función de la regla "iura novit curiae" puede admitirse que los jueces escojan la calificación jurídica que a su juicio corresponda a los hechos investigados apartándose de la propiciada por el actor penal -siempre y cuando la plataforma fáctica sea la misma y la modificación no implique un cambio tan repentino y de tal entidad que desbarate la estrategia defensiva del acusado impidiéndole "formular sus descargos" (cfr. criterio de A. y S. T. 232, pág. 312)-, ello en modo alguno los faculta a aplicar una pena mayor a la pedida por el acusador público, sin incurrir en un exceso jurisdiccional. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Tarifeño" dió prioridad al pedido de absolución efectuado por el Fiscal a la hora de alegar en el plenario por encima de su anterior requerimiento de elevación a juicio (cfr. Fallos:325:2019, reiterado en Fallos:317:2043; 318:1234; 320:1891; 324:425; 327:120 y 5863) y en "Mario Sixto Gómez" hizo prevalecer la postura del Fiscal de Cámaras por sobre la del actor penal de primera instancia (cfr. Fallos:234:270 y 367, entre otros). En el caso, la pretensión punitiva del acusador quedó limitada por la postura del Fiscal de Cámaras, que expresamente pretendió la revocación del fallo en orden a la imputación delictiva plural, al considerar que la base fáctica atribuida era constitutiva de un solo hecho -elemento propio del concurso aparente- y no de varios hechos delictivos independientes. Ante esta situación, teniendo en cuenta el criterio del máximo Tribunal expuesto, y sin perjuicio de la trascendencia que corresponde asignar a dicha cuestión ante la posible lesión a la prohibición de doble castigo -al computarse una misma circunstancia fáctica para sostener la existencia de hechos independientes-, más aún cuando la eventual portación ilegal de arma de fuego no concomitante ni simultánea con el homicidio agravado por el uso de arma de fuego tentado no había sido siquiera imputada en la indagatoria (cfr. fs. 79/80v., expte. principal), cabe reconocer que el consecuente pedido del Fiscal de Cámaras de disminución de la pena impuesta en primera instancia -como directa derivación de la limitación acusatoria a una sola imputación en concurso aparente- debería haber operado como límite y, por ello, como obstáculo para que la Cámara confirmara la pena impuesta.

Si bien es cierto que el artículo 402 II, 2º párrafo "in fine" del Código Procesal Penal de la Provincia -t.o.v. conforme ley 12912- habilita a los jueces a imponer una pena superior o más grave a la pedida por el fiscal cuando ello sea consecuencia del cambio de calificación jurídica, también lo es que la interpretación constitucional de las garantías en juego impone la solución contraria. Aun así, cabe señalar que en el caso no se trata cabalmente de un supuesto que habilita la excepción legal (cuya interpretación en mi opinión queda condicionada en cada supuesto por las limitaciones constitucionales derivadas del principio de congruencia, la defensa en juicio y el principio acusatorio), en tanto no hubo estrictamente un cambio de calificación (la Cámara confirmó la de primera instancia) sino, por el contrario, una expresa limitación de la pretensión punitiva en orden a la imputación y, como consecuencia de ello, el expreso pedido por parte del acusador de una pena menor a la impuesta por el Juzgador de primera instancia. Ante este supuesto fáctico, la confirmación por la Cámara de la pena impuesta sería contraria al principio acusatorio, en cuya función la condena no puede ir más allá de la acusación. En cualquier caso, el criterio aquí propiciado no implica

desconocer la solución legal referida "ut supra", sino simplemente asignarle un alcance que antepone el respeto por las garantías constitucionales en juego a la regla de "iura novit curiae". Este es el modo en que entiendo debe interpretarse el mencionado artículo de nuestro ordenamiento ritual, esto es, en armonía con las garantías y derechos de orden constitucional reconocidos al sujeto sometido a proceso penal, pues como se expuso en el voto de los señores Ministros doctores Lorenzetti y Zaffaroni en el caso "Amodio" -si bien en relación al artículo 401 del C.P.P.N., cuyo texto es similar al 402 II del Código de rito santafesino-, aun cuando dicha norma "...parece autorizar lo que se ha calificado como exceso jurisdiccional, conviene recordar el aceptado principio según el cual jamás debe suponerse la inconsecuencia o falta de previsión del legislador, por lo que, en cualquier caso, las normas de dicho cuerpo legal deben interpretarse de modo que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución..." (cfr. considerando 20). Y la exégesis aquí propuesta se reafirma a partir de la eliminación de esta excepción a la imposibilidad del tribunal de aplicar una pena mayor a la solicitada por el fiscal en el nuevo texto del Código Procesal Penal de la Provincia -ley 12734-. Es que, este cuerpo legal, al tratar la regla de la congruencia en su artículo 335, se limita a expresar que: "al dictar sentencia el tribunal nunca podrá apartarse del hecho contenido en la acusación o de sus ampliaciones ni aplicar sanciones más graves que las peticionadas...", sin hacer salvedad alguna. Como si fuera poco, esta disposición se encontraba vigente al momento del fallo de Cámara para las causas que tramitaban por juicio oral -cfr. art. 478 II, C.P.P. según ley 12912-. Asimismo, y aun cuando no resulta aplicable estrictamente al caso, no puede omitirse que también estaba vigente la pauta introducida por la ley 12912 en el artículo 548 VI del Código Procesal Penal, cuyo fundamento debía integrarse interpretativamente a la hora de determinar el alcance del artículo 402 II de la misma normativa, en función de los principios constitucionales en juego. Consecuentemente, y reforzando el criterio aquí sostenido, según dicha disposición -hoy art. 339 del C.P.P. según ley 12734- establece que: "...El tribunal dictará sentencia de estricta conformidad con la pena aceptada por las partes, sin perjuicio de definir la calificación legal que corresponda. No obstante, si a partir del hecho descrito en el acuerdo y reconocido por el imputado, estimara que el mismo carece de tipicidad penal o resulta manifiesta la concurrencia de cualquier circunstancia legalmente determinante de la exención de pena o de su atenuación, dictará sentencia absolviendo o disminuyendo la pena en los términos en que proceda". Entre las limitaciones que la misma norma establece a la pena negociada está la posibilidad judicial de modificar la calificación legal escogida cuando ello correspondiere, pero aun así el tribunal sólo puede adecuar el hecho y, consecuentemente, definir la calificación legal, sin alterar la pena porque está vedado al Juez agravar la pena aceptada por las partes, como consecuencia del principio según el cual el tribunal nunca podrá aplicar sanciones más graves que las peticionadas. En conclusión, la necesidad de interpretar la normativa procesal penal progresivamente y de manera armónica con las garantías y principios que surgen del bloque de constitucionalidad, evitando hacer uso de la "ultima ratio" del ordenamiento jurídico -esto es, de la declaración de inconstitucionalidad de una norma (Fallos:242:2534; 256:386; 300:1087; A. y S., T. 58, pág. 197; T. 161, pág. 290)-, conlleva a adoptar una exégesis de los preceptos legales que concuerde con los derechos constitucionales en juego, la que sería, como se dijo, que si bien los jueces pueden apartarse de la calificación jurídica escogida por los actores penales, este cambio no los habilita a superar el límite punitivo constituido por la pretensión acusatoria, ya que, de hacerlo, se colocaría al imputado en situación más desfavorable que la pretendida por el propio órgano acusador, hipótesis intolerable desde la óptica constitucional. En consecuencia y por todo lo expuesto, corresponde también declarar admisible el recurso interpuesto por la defensa técnica de R.. Por ello, voto, pues, por la afirmativa. A la misma cuestión, la señora Ministra doctora Gastaldi dijo: 1. Sucintamente el caso: 1.1. En fecha 2 de noviembre de 2010, el Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia N° 4 de Santa Fe condenó respectivamente a los inculpados V. H. Z. y a N. J. R. a la pena de 10 años de prisión efectiva, en carácter de autor y partícipe principal de los delitos de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego -en grado de tentativa- y portación ilegal de arma de fuego de uso civil, en concurso real (arts. 79, 41 bis, 42, 189 bis, tercer párrafo y 55, C.P.). Y respecto de J. A. L. la condena recayó solo respecto de la imputación como partícipe principal -en grado de tentativa- del delito de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego, imponiéndole una pena de 8 años de prisión (arts. 45, 79, 41 bis y 42, C.P.; fs. 706/724v.). 1.2. Deducido recurso de apelación por los justiciables L. y R. (fs. 725, 741 y 759/766, autos principales), la Sala Tercera -integrada- de la Cámara de Apelación en lo Penal de ésta ciudad confirmó en todas sus partes la sentencia apelada (fs. 778/788v., autos principales). 1.3. Contra el pronunciamiento de la Alzada, interpuso la defensa técnica de L. y R. recurso de inconstitucionalidad (fs. 1/7). En lo que aquí resulta de interés, la impugnante cuestionó la determinación de la pena achacándole sustentarse en un razonamiento abstracto, impreciso, genérico y desvinculado de las especificaciones del caso. Afirmó, a modo "meramente ejemplificativo", que sus defendidos carecían de antecedentes condenatorios, que la víctima se recuperó en el término de un mes, y que no se meritaban los buenos informes y antecedentes de R. respecto del coimputado (Z.) al que se le impuso la misma pena. Destacando que el mismo Fiscal de Cámara recomendó disminuir la pena a los encartados por considerarla de un gravamen mayor al que debían en realidad sufrir. Reprocha que el decisorio impugnado violenta el orden constitucional en cuanto a la fundamentación arbitraria y aparente, afectando los principios de igualdad

ante la ley, debido proceso, defensa en juicio, quebrantándose el orden en razón de la unidad y dignidad del hombre al agravarse inhumanamente la pena prescindiéndose de considerar los aspectos particulares de cada detenido, equiparando todos los consortes de la causa sin una verdadera y minuciosa fundamentación de la pena. 2. Esta Corte, por mayoría, admitió parcialmente la queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de los imputados R. y L., contra la sentencia dictada por la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Penal, en el entendimiento de que la postulación vinculada con la deficiente fundamentación del monto de la pena impuesta a los condenados importaba -"prima facie"- articular con seriedad un planteo que podía configurar una hipótesis de arbitrariedad con idoneidad suficiente como para operar la apertura de esta instancia extraordinaria (vide, A. y S. T. 246, págs. 295/300). En el nuevo examen de admisibilidad que prescribe el artículo 11 de la ley 7055, efectuado con los principales a la vista, me conduce a rectificar dicha conclusión conforme las razones que seguidamente pasaré a exponer.

2.1. De inicio, cabe recordar que constituye inveterada doctrina constitucional que "las decisiones relacionadas con la determinación de la pena resultan privativas de los Jueces de la causa, y cabe hacer excepción a esta regla cuando se ha ocasionado un agravio a la garantía de defensa en juicio y al debido proceso que, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad, tiende a resguardar, exigiendo que las sentencias sean fundadas y constituyan derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las circunstancias comprobadas de la causa" (Fallos:311; 948; 2314; 2402, entre otros). En efecto, la facultad para graduar las sanciones dentro de los límites legales, en principio, no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria (Fallos:306:1669; 308:2547, entre otros). Mas, el control que cabe a esta Corte -por imperio constitucional y legal- es exigir a los Jueces la debida fundamentación de las aserciones que se efectúen en el fallo (A. y S., T. 77, pág. 356; T. 150, pág. 352; T. 158, pág. 92, etc.) por lo que corresponde apartarse de la regla antedicha con base en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos:315:1658; 320:1463) la que tiende a resguardar la defensa en juicio y el debido proceso (Fallos:311:948, A. y S. T. 232, págs. 10/15, entre otros). Resulta indiscutido que los Jueces al imponer una pena no pueden escudarse en la mera discrecionalidad de su elección, en tanto pesa sobre la Magistratura el deber de fundamentación adecuada, acorde con los cánones de individualización propios del artículo 41, que más allá de no considerarse taxativos, ni de establecer su valoración (como agravantes o atenuantes) prescriben pautas o criterios individualizadores que no deben soslayarse. Fundamentación explícita que permite el control crítico-racional del proceso de decisión por las partes (vide en tal sentido, Patricia Ziffer, Comentario a los artículos 40 y 41 del Código Penal, "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial". Hammurabi, Buenos Aires, 2007, Tomo 2 A, Parte General, pág. 73, y "Lineamientos de la Determinación de la Pena", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, pág. 26).

3. En el caso, la defensa técnica de los justiciables reprochó a la Alzada que la cuantía de la pena era absolutamente infundada y desconectada con las circunstancias personales de cada imputado, puntualizando la prescindencia de valoración de la falta de antecedentes condenatorios de los imputados, como así también los buenos informes de R. respecto de Z. y la pronta recuperación de la víctima. Ahora bien, adentrándonos en la consideración de los reproches, debe liminarmente señalarse que, con los principales a la vista, se advierte que no se trata -en verdad- de un supuesto en el cual se determina pena por la Sala revisora. En rigor, dicho Tribunal sólo confirmó la sentencia dictada oportunamente por el Juez de Sentencia, que había condenado a los antes individualizados imputados a las penas de 10 y 8 años de prisión efectiva, respectivamente. Es decir, cabe reiterar entonces, que la Sala no determinó pena, sino que examinó y confirmó la individualización efectuada por el Juez de la Causa (fs. 778/786v.). No obstante ello, pero en consideración a las alegaciones esgrimidas en el recurso de inconstitucionalidad de la defensa, y en el marco de control que le corresponde a este Tribunal, de la confrontación con las constancias de autos se advierte en forma prístina que el Juez de mérito tuvo en cuenta al momento de graduar la pena "la falta de antecedentes condenatorios de N. J. R. y J. A. L."; como así también "los desfavorables informes de V. H. Z. (f. 237) y J. A. L. (f. 252)", y "los favorables informes de N. J. R. (fs. 246)", destacando que R. gozaba de buen concepto entre sus vecinos y se desempeñaba como personal de la Municipalidad de Santo Tomé. Evaluando también la "escasa instrucción" que tenían los imputados y "la carencia de cargas de familia". Igualmente meritó el Sentenciante la "extensión del daño", "la violencia con la que actuaron ocasionando daños a la víctima", "el desprecio que han demostrado a la vida humana" y "la personalidad violenta" (fs. 706/724). En suma, echa de verse que las pautas objetivas y subjetivas que la defensa menciona que se soslayaron, fueron analizadas por el Jdicante de grado como surge de lo precedentemente reseñado (vide en tal sentido f. 723v.). Y dicha cuantificación se realizó dentro de los márgenes de la escala penal en abstracto y la pretensión punitiva fiscal, confirmando la Alzada dicha individualización conforme las pautas de valoración expresadas y la significación jurídica asignada a la base fáctica, que quedó firme. Desde tal perspectiva, las alegaciones de la impugnante en esta instancia no exceden de una mera discrepancia respecto del monto de la pena, cuestión que no resulta idónea para franquear esta vía de excepción atento no demostrarse ni advertirse un gravamen constitucional. Y no se advierte tampoco que otra solución necesariamente se hubiera impuesto en la causa respecto de la cuantía de la sanción penal por las consideraciones referidas a la disminución de pena que en su escrito de contestación de agravios sugiriera el Fiscal de Cámara.

3.1. En punto al condenado R., cabe hacer notar que el representante del

Ministerio Público Fiscal al contestar los agravios del recurso de apelación interpuesto por la defensa señaló que era su "criterio" considerar que en el presente caso nos hallamos frente un "concurso aparente". Postulación de la dogmática penal, que analizada particularmente por la Alzada fue desestimada, en voto mayoritario, confirmando el encuadramiento de las figuras típicas en concurso real (fs. 778/788v.). Subsunción típica que quedó consentida por las partes, al no recurrirse el rechazo por esta Corte en A. y S. T. 246, pág. 295. Cabe dejar sentado además, que no se trata de un supuesto en que la Sala hubiera estado compelida a explicitar las bases de una nueva mensuración, pues no recalificó los hechos ni revocó delitos por los cuales fueron condenados los justiciables (criterio sustentado en A. y S., T. 254, pág. 185; T. 254, pág. 433). Por el contrario, cabe reiterar que la Cámara confirmó la pena individualizada por el Juez de Sentencia, descalificando las alegaciones defensivas respecto de la posible concurrencia aparente de figuras y confirmando la base fáctica, su calificación e imposición de pena. Sanción punitiva impuesta por el Magistrado de grado, que por lo demás y a estarse a las constancias obrantes, fue determinada previa "audiencia de visu", dentro de los marcos legales y sin exceder el monto punitivo peticionado en la acusación fiscal (vide requisitoria fiscal y conclusiones, f. 643, autos principales) en la cual, a su hora, se había peticionado la pena de 20 años de prisión para cada uno de los imputados.

3.2. Respecto del otro justiciable (L.), cierto es que el Fiscal de Cámara sugirió que podía "reducirse la pena a siete años", señalando literalmente que "sin perjuicio de no objetar el razonamiento del judicante por haber fundado su decisión, que se halla asimismo dentro de los límites mínimos y máximos fijados legalmente, tomando en consideración que se halla dentro del margen discrecional de los jueces su graduación, tomando como punto central el grado de participación en el evento, y la extensión del daño en la persona de la víctima, 'considero' que puede reducir la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas" (vide fs. 771/v., autos principales). Esta sugerencia no implicó adhesión al recurso de la defensa, ni podría haberse interpretado por la Sala como un pedido concreto de rectificación de la petición punitiva, lo cual ciertamente se confirma y compadece con el criterio explicitado por mismo funcionario al contestar el traslado respectivo del art. 4, ley 7055 (f. 68) donde peticionando la inadmisibilidad del presente recurso, señaló que la solución de la Sala respetó la congruencia (no se excedió en sus facultades) y además consideró respetadas las garantías de debido proceso. Explicitación fiscal, tenida particularmente en cuenta -a su hora- en el voto del Ministro doctor Netri al considerar inadmisibile el presente recurso (f. 101, Expte. N° 401/11). La conformidad fiscal con el fallo de la Sala, evidencia, como se dijo, el respeto de la congruencia procesal y la validez de la sentencia dictada.

4. No es el caso, en suma, de que hubiera mediado una fundamentación fiscal que obligara al tribunal a una particular consideración de los planteos. Nótese en este aspecto, en relación al precedente "Capozzuca", que en el mismo no solo mediaba fundamentación expresa y particularizada de la inconveniencia de la modalidad de ejecución sentenciada; sino -que además- el propio Fiscal de Cámara adhirió al recurso de la defensa, demostrando que dicha pretensión expresa y fundamentada había sido sustentada por su parte y desatendida por la Sala. En efecto, la sustancia de la litis que arribara a este Tribunal en la causa "Capozzuca" tiene soporte en la circunstancia alegada por la defensa (y a la que se adhiriera el Fiscal), cuestionando que la Sala se hubiera desentendido de la clara y concreta petición del Fiscal de Cámara respecto de la condicionalidad de la pena, reprochándose además haber incurrido el A quo en apartamiento de sus propios precedentes -aludiendo a la causa "Ordoñez"- (A. y S. T. 242, pág. 395). Por su parte, en "Valiente" se entendió configurado el vicio de incongruencia al trastocarse la base fáctica imputada al condenarse por abuso de autoridad y violación de los deberes de funcionario público, cuando por el contrario se lo había indagado y acusado por causación culposa de evasión (A. y S. T. 122, págs. 140/148). Amén de lo expuesto, entiendo que tampoco los supuestos fácticos involucrados en el sub lite se relacionan con los precedentes que se citan en los votos que me anteceden (Fallos:330:2658, 330:5020). En efecto, en "Amodio", en el debate y ante el Tribunal de Juicio, anulado el alegato acusatorio de la querrela, la acción penal subsistente se concretó peticionando el fiscal la pena de 2 años de prisión y cuatro de inhabilitación; mas ese Tribunal -no obstante la pretensión punitiva- lo condenó a 3 años de prisión en suspenso. En la instancia ante el Máximo Tribunal se desestimó el recurso contra la condena en exceso por aplicación del "certiorari" (art. 280, C.P.C.C.N.), bien que remarcando el voto en disidencia la trasgresión del límite impuesto en la pretensión punitiva (Fallos: 330:2658, disidencia de los señores Ministros doctores Lorenzetti y Zaffaroni). En el precedente "Ciuffo" la Corte nacional anuló la condena por afectación del principio de congruencia. Allí, se impuso pena por contrabando agravado de estupefacientes, cuando el justiciable había sido indagado, intimado y acusado por el delito de transporte de estupefacientes. Por ello, se entendió conculcado el derecho de defensa por subsunción sorpresiva del tribunal de juicio sobre la cual el imputado y su defensor no pudieron expedirse en juicio (Fallos:330:5020, voto de los señores Ministros doctores Lorenzetti y Zaffaroni). Asimismo, de la compulsión de los antecedentes que se citan bien se evidencia que se trata de supuestos de incongruencia por mediar la imposición de penas -por el Tribunal de Juicio- superando las solicitadas por el Fiscal de grado en el alegato de debate (vide, "Curio" del 03.06.2008, "Carello Salcedo" 24.06.2008; "Cuenca" 12.08.2008, "Fagundez" 12.08.2008, "Zimmerman" del 16.02.2010, "Epstein" del 19.05.2010, como bien se desprende de los votos de los señores Ministros doctores Lorenzetti y Zaffaroni). Por otra parte, entiendo igualmente que tampoco se compadece el sub examine con los casos evaluados

en los precedentes "Tarifeño" y "Mario Sixto Gómez", y su doctrina consecuyente, en los cuales se evidenciaba la falta de acusación fiscal o el desistimiento de ésta en la Alzada (Fallos:325:2019; 234:270). En el primero ("Tarifeño"), el Tribunal de Juicio condenó no obstante haber peticionado el Fiscal -durante el debate- la absolución del imputado (Fallos:325:2019). Y en el segundo ("Sixto Gómez"), absuelto el condenado en primera instancia y desistido el recurso de apelación por el Fiscal de Cámara, la Alzada igualmente condenó en exceso jurisdiccional, pues ante el desistimiento recursivo no quedaron pendientes de resolución ningún recurso frente a la absolución de grado (Fallos:234:270). Señaladas estas aclaraciones y aunque en modo alguno, pudiera disintirse con las citas de principios y garantías constitucionales aludidas en todos estos pronunciamientos; lo cierto es que, los casos que dieron motivo a los mismos no resultan trasladables al supuesto del "sub lite". Es que, más allá de las literalidades que enuncian los principios, las conclusiones normativas que puedan extraerse de los precedentes jurisprudenciales, en particular cuando emanan de Tribunales Superiores, solo tienen el alcance que se ajusta a las circunstancias del caso. Por todas las consideraciones que anteceden, considero debe desestimarse por inadmisibles los recursos extraordinarios deducidos. Voto, pues, por la negativa. A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Gutiérrez dijo: 1. Mediante resolución registrada en A. y S. T. 246, pág. 295, esta Corte -por mayoría- admitió parcialmente la queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de los imputados R. y L., contra la sentencia de la Cámara de fecha 11.05.2011, en el entendimiento de que la postulación vinculada con la deficiente fundamentación del monto de la pena impuesta a los condenados importaba -"prima facie"- articular con seriedad un planteo que podía configurar una hipótesis de arbitrariedad con idoneidad suficiente como para operar la apertura de esta instancia extraordinaria. 2. El nuevo examen de admisibilidad que le compete efectuar a esta Corte en virtud de lo dispuesto por el artículo 11 de la ley 7055, me conduce a ratificar dicho criterio de conformidad con lo dictaminado por la Procuración General a fojas 25/26v. Es que, la impugnante en el memorial introductor de la vía extraordinaria -analizado en confrontación con las constancias de la causa- articula con seriedad planteos que pueden configurar hipótesis de violación del derecho a la jurisdicción con idoneidad suficiente como para operar la apertura de esta instancia de excepción. 3. En efecto: Cabe memorar que J. A. L. fue condenado en primera instancia a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales por igual tiempo y costas, como partícipe principal penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego en grado de tentativa (cfr. f. 724, Expte. Nro. 747/2010). A su turno, el Fiscal de Cámaras en la contestación de los agravios expresados por la defensa técnica del justiciable, manifestó expresamente que en el caso la pena debía reducirse de ocho a siete años de prisión "tomando como punto central el grado de participación en el evento, y la extensión del daño en la persona de la víctima" (cfr. f. 771v., Expte. Nro. 747/2010). No obstante ello, la Cámara -pese a referir que el Fiscal de Cámaras "había considerado posible una disminución" (f. 784, Expte. Nro. 747/2010)-, decidió confirmar el fallo impugnado y mantener la pena impuesta por el juez de grado. En orden al coimputado N. J. R., el nombrado fue condenado en primera instancia como partícipe principal penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego en grado de tentativa y autor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil, en concurso real, a sufrir la pena de diez años de prisión, accesorias legales por igual tiempo y costas (cfr. f. 724, Expte. Nro. 747/2010). Apelado tal decisorio por la defensa técnica del imputado -versando sus agravios, entre otras cuestiones, sobre la excesiva pena impuesta a su pupilo y sobre la forma de concurrir de los delitos de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa y de portación ilegal de arma de fuego de uso civil (cfr. fs. 759/766, Expte. Nro. 747/2010)-, el Fiscal de Cámaras al contestar los mismos, expresó que en el caso se trataba de un concurso aparente de delitos y, en consecuencia, peticionó que se revocara el fallo en tal sentido, manifestando seguidamente respecto del nombrado que "puede llegar a contemplarse una moderada disminución atento mi solicitud de revocación del delito de Portación de arma de fuego de uso civil" (cfr. f. 771, Expte. Nro. 747/2010). La Sala -por mayoría-, no obstante el expreso pedido por parte del acusador de una pena menor como consecuencia de discrepar con la subsunción típica de los hechos, confirmó la sentencia de primera instancia y mantuvo la sanción fijada por el juez de grado, en el entendimiento de que los delitos en cuestión concurrían en forma real y de que la pena establecida por el juez de primera instancia lucía justa, equitativa y perfectamente adecuada a la gravedad de los hechos y a la intensidad de la culpabilidad del causante (cfr. 784v./785, Expte. Nro. 747/2010). 4. Así las cosas, en el "sub iudice", como se advierte del relato efectuado precedentemente, la Cámara confirmó la sanción impuesta tanto respecto a R. como a L., pese al pedido expreso del Fiscal de Cámara de disminución de pena formulado en el escrito de contestación de agravios. Este proceder de la Alzada -como se adelantó- resulta "prima facie" descalificable desde la óptica constitucional, toda vez que el Tribunal a quo habría excedido su competencia funcional, con la posible afectación de los principios de congruencia e imparcialidad y por ende de las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso, lo que habilita la declaración de admisibilidad del presente recurso. Voto, pues, por la afirmativa. A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Spuler dijo: 1. Por decisión del 11 de mayo de 2011, la Sala Tercera -integrada- de la Cámara de Apelación en lo Penal de la ciudad de Santa Fe, resolvió (por mayoría) confirmar lo resuelto por el Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia de la Cuarta Nominación -quien, a su turno, en fecha

2 de noviembre de 2010 condenó a N. J. R. a la pena de diez años de prisión por considerarlo participe principal penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego en grado de tentativa y autor penalmente responsable del delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil, en concurso real (artículos 45, 79, 41 bis, 42, 189 bis (2) tercer párrafo y 55 del Código Penal), y a J. A. L. a la pena de ocho años de prisión, por encontrarlo penalmente responsable como partícipe principal del delito de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego en grado de tentativa (arts. 45, 79, 41 bis, 42 del Código Penal)- (fs. 778/786v., Expte. Nro. 747/2010). Contra dicho pronunciamiento, la defensa técnica de J. A. L. y de N. J. R. interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 1/7). Concretamente, la impugnante expresó que la resolución cuestionada viola el principio de igualdad ante la ley e incurre en falta de fundamentación, pues -a su entender- las pautas expresadas en cuanto a la determinación de la pena son de "extrema generalidad", emanada de un razonamiento abstracto, impreciso, genérico y desvinculado de las especificaciones del caso. Aduce que la Cámara confirma el monto de la pena al expresar que la misma es "justa" sin fundamentar acabadamente y desconectada de las circunstancias personales de cada imputado. Repara en que los condenados R. y L. no tienen antecedentes penales, que la víctima se recuperó en el término de un mes, que el primero de ellos cuenta con buenos informes a diferencia del otro condenado a la misma pena, lo que demuestra -a su criterio- la falta de fundamentación. En orden a ello, agrega que el mismo Fiscal de Cámaras recomendó disminuir la pena a los encartados por considerarla un gravamen mayor al que debían en realidad sufrir. Concluye en que la pena se impuso sin considerar ningún aspecto particular de cada detenido y "equiparándolos cada uno su actuar a todos los consortes de la causa sin una verdadera y minuciosa fundamentación la que es absolutamente necesaria atento a la determinación de la pena". Por otro lado, se queja de la valoración de la prueba en cuanto a la participación de los nombrados en el hecho imputado, al señalar que a L. se lo vincula por el testimonio de la víctima que adujo haber escuchado a Z. decir "esperá que mate esa rata", siendo que L. no pudo tener el dominio de la situación en cuanto a la acción delictiva del autor del hecho, sin haber pruebas que demuestren la plena comunión de voluntades en el delito. Destaca que L. no logró una visualización total de la situación mientras conducía el rodado, por lo que continuó la marcha del mismo a mínima velocidad, permitiendo inconscientemente que se subiera Z., y lógicamente la desconcertante situación hizo que siguiera su marcha hasta que voluntariamente la detuvo por orden policial. En cuanto a R., señala que no existen pruebas de cargo que otorguen certeza sobre la participación del mismo en el hecho, sino que responde a la presunción de la Cámara basada en las únicas pruebas recolectadas que son las de cargo y no las ofrecidas por la defensa. A su turno, el A quo, por auto de fecha 9 de agosto de 2011 denegó el recurso de inconstitucionalidad, provocando la presentación directa de la defensa de los nombrados ante este Cuerpo. Mediante resolución registrada en A. y S. T. 246, pág. 295, esta Corte -por mayoría- admitió parcialmente la queja, en el entendimiento de que la postulación vinculada con la deficiente fundamentación del monto de la pena impuesta a los condenados importaba -"prima facie"- articular con seriedad un planteo que podía configurar una hipótesis de arbitrariedad con idoneidad suficiente como para operar la apertura de esta instancia extraordinaria (fs. 96/101v., Expte. C.S.J. Nro. 401/2011).

2. El nuevo examen de admisibilidad que prescribe el artículo 11 de la ley 7055, efectuado con los principales a la vista, me conduce a rectificar dicha conclusión, de acuerdo a los fundamentos que expondré seguidamente.

2.1. En primer lugar y circunscribiendo el tratamiento del presente recurso de inconstitucionalidad a los agravios por los cuales el recurso directo fue admitido, es decir, en cuanto a los cuestionamientos vinculados a la deficiente fundamentación del monto de la pena impuesta a R. y L., debe apuntarse que la exigencia de motivación suficiente de los pronunciamientos judiciales supone respetar "criterios mínimos de argumentación jurídica" (cfr. Fallos:329:3764, disidencia de los señores Ministros doctores Zaffaroni y Lorenzetti). Ciertamente, tal recaudo no impone un cartabón de quantum sino de calidad de los argumentos que sirven de sustento a la sentencia (A. y S. T. 64, pág. 53), y así se ha dicho que la parquedad de un pronunciamiento no acarrea su nulidad, pues no debe confundirse fundamentación breve o sucinta con una raquítica o insuficiente, reñida con el debido proceso (A. y S., T. 69, pág. 411; T. 108, pág. 225; T. 221, pág. 286). No existe, entonces, una "medida" en la fundamentación, sino que basta con que la sentencia contenga "fundamentos mínimos suficientes" como condición de su validez (Fallos:306:1094); pero ello sí reclama una exposición clara de las razones que, con arreglo al régimen normativo vigente y a las circunstancias comprobadas de la causa, dan apoyo a la decisión (Fallos:112:348; 312:182, etc.). En el "sub examine", la defensa tacha la cuantía de la pena aplicada y los motivos en que se basó la determinación; y si bien la resolución de dichas materias "resulta privativa de los jueces de mérito, cabe hacer excepción cuando...no se advierte una adecuada fundamentación respecto de tan trascendentes cuestiones" (Fallos:329:3006). En efecto, no obstante que el ejercicio de la facultad para graduar las sanciones dentro de los límites legales no es susceptible de revisión en la instancia extraordinaria (cfr. Fallos:306:1669; 308:2547, entre otros), sí atañe a esta Corte -por imperio constitucional y legal- exigir a los sentenciantes la debida justificación de las aserciones que se efectúen en el fallo (A. y S. T. 77, pág. 356; T. 150, pág. 352; T. 158, pág. 92, etc.), por lo que corresponde apartarse de la regla antedicha con base en la doctrina de la arbitrariedad (Fallos:315:1658; 320:1463), la que tiende a resguardar la defensa en juicio y el debido proceso (Fallos:311:948, entre otros). En la especie, como se adelantó, la impugnante

se agravia del fallo de Cámara por considerar que con la determinación de la pena impuesta a los condenados se violó el principio de igualdad ante la ley y que la individualización del monto se apoyó en afirmaciones de extrema generalidad y sin conectarlas con las circunstancias personales de cada imputado, situación que -a su criterio- se manifiesta aún mas gravosa por haber recomendado el Fiscal de Cámaras la disminución de la misma. En pos de dar respuesta a los reproches planteados, cabe aclarar que la Sala no determinó pena, en tanto se limitó a confirmar la sentencia condenatoria dictada por el juez de grado quien tuvo en cuenta al momento de graduar la misma y fijarla en diez años de prisión en relación a R. y en ocho años de prisión respecto a L., la falta de antecedentes condenatorios de los nombrados, como así también los "desfavorables informes de V. H. Z. (f. 237) y J. A. L. (f. 252)", que N. J. R. gozaba de buen concepto entre sus vecinos y se desempeñaba como personal de la Municipalidad de Santo Tomé. Asimismo, el juez de grado evaluó la "escasa instrucción" que tenían los imputados, "la carencia de cargas de familia" y la "extensión del daño", entre otras razones contempladas por la norma (f. 723v., Expte. Nro. 747/2010). Tal como señala la señora Ministra doctora Gastaldi en su voto, las pautas objetivas y subjetivas que a criterio de la defensa fueron prescindidas por el judicante, fueron por el contrario analizadas por el juez de grado -conforme lo precedentemente apuntado- quien cuantificó la pena dentro de los márgenes de la escala penal en abstracto prevista para los delitos por los que condena a los nombrados y de la pretensión punitiva de la acusación fiscal, cuantificación que fuera confirmada por la Cámara por considerar que la determinación de la pena respondió a las condiciones personales de los imputados, su grado de instrucción, su comportamiento a lo largo del proceso, las circunstancias del delito y demás pautas orientativas establecidas por los artículos 40 y 41 del Código Penal, por lo que la misma se advertía justa (cfr. fs. 784/785, Expte. Nro. 747/2010). Así las cosas, las alegaciones de la recurrente en su recurso de inconstitucionalidad no hacen mas que revelar una mera discrepancia respecto del monto de la pena, cuestión que -como se señaló al inicio- no resulta idónea para franquear esta vía de excepción atento no demostrarse ni advertirse un gravamen constitucional ni que la medida dispuesta signifique un apartamiento arbitrario de las pautas establecidas en el artículo 41 del Código Penal, siendo insuficiente la mera invocación de presunta violación a la igualdad ante la ley a partir de la pena escogida, en tanto resulta una postulación en extremo laxa y carente de un desarrollo suficiente que permita siquiera mínimamente vincularlo a las concretas circunstancias de la causa.

2.2. Si bien ello basta para declarar inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad, cabe resaltar que tal conclusión no resulta enervada con la afirmación de la recurrente respecto a la sugerencia del Fiscal de Cámara en su escrito de contestación de agravios (fs. 771v., Expte. 747/2010) de disminuir la pena impuesta a los encartados (v. f. 3v.), toda vez que tal recomendación de disminución de pena en relación a R. respondió a discrepar con la subsunción típica efectuada por el juez de primera instancia -por considerar que en el caso existía un concurso aparente de figuras-, calificación legal que fuera luego confirmada por la Cámara -en el entendimiento de que los delitos en cuestión concurrían en forma real- y consentida por las partes al no recurrirse -en este aspecto- el rechazo de la queja por esta Corte en A. y S. T. 246, pág. 295. Por su parte, con relación a la situación del imputado L., la recomendación de disminución de pena efectuada por el Fiscal de Cámaras en la contestación de agravios -quien consideró que podía reducirse la pena de ocho a siete años de prisión (v. f. 771v., Expte. Nro. 747/2010)-, no fue soslayada por la Cámara (cfr. f. 784, Expte. Nro. 747/2010) mas ésta consideró que -por las condiciones personales del imputado, su grado de instrucción, su comportamiento a lo largo del proceso, sus antecedentes, el perjuicio causado, las circunstancias particulares del delito y demás pautas orientativas establecidas por los artículos 40 y 41 del Código Penal- era justa la sanción aplicada por el juez de grado, confirmando así dicho quantum punitivo, solución que deviene acorde con la opinión del propio Fiscal de Cámara al contestar el traslado del artículo 4, ley 7055 (f. 68), quien peticionó la inadmisibilidad del recurso, señalando que la resolución de la Sala fue pronunciada con todas las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio y en respeto del derecho a la jurisdicción (f. 9). Todo ello es conteste con el criterio sostenido en mi voto en la causa "Capozzuca" (A. y S. T. 242, págs. 395/407) -al que remito in extenso- respecto al alcance del principio de congruencia y a la manda del artículo 402 II del Código Procesal Penal.

3. Por las razones expresadas, considero debe desestimarse por inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto. Voto, pues, por la negativa. A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Netri dijo: 1. Comparto el relato efectuado de los antecedentes de la causa señalados en el voto de la señora Ministra doctora Gastaldi (puntos 1.1, 1.2 y 1.3). 2. En el nuevo examen de admisibilidad que le compete efectuar a esta Corte por imperio del artículo 11 de la ley 7055, con los principales a la vista, no encuentro razones para apartarme de la posición asumida al decidir sobre el recurso de queja. Es que de la confrontación del pronunciamiento atacado y del recurso interpuesto no se aprecia configurada una cuestión constitucional aprehensible en los términos del artículo 1 de la ley 7055, quedando las articulaciones deducidas en una mera discrepancia con las razones expuestas para sustentar las penas impuestas a los condenados N. J. R. y J. A. L.. 3. En primer lugar, cabe distinguir la situación de cada uno de los justiciables, en cuanto a los delitos por los cuales fueron condenados y los respectivos montos de pena atribuidos. 3.1. Por su parte, N. J. R. fue condenado por el Juez de grado a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas como partícipe principal del delito de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego en grado de tentativa y portación ilegal de arma de fuego

de uso civil, en concurso real, sentencia que fuera confirmada en todos sus términos por la Sala. El Fiscal de Cámaras, al contestar los agravios expresados por la defensa técnica de R., consideró en cuanto a las conductas que le fueron atribuidas y que sustentaron el fallo condenatorio, que se trataba de un concurso aparente de delitos. En consecuencia, apuntó que "En el caso de autos la portación y la tentativa de homicidio, conforme se desarrollaron los hechos, existió a través de una continuidad de la acción contra la vida y la tenencia que no permite constituirlos en dos conductas separadas, requisito indispensable para que concursen realmente..." (f. 771), por lo cual petitionó la revocación del fallo en tal sentido. Y por consiguiente, en relación al agravio de la defensa en torno a la excesiva pena impuesta, propició con respecto a R. que podía llegar a contemplarse una moderada disminución del monto, como derivación de su solicitud de revocación de la sentencia por el delito de portación ilegal de arma de fuego de uso civil. De la lectura del fallo de la Cámara se advierte que el diferente monto de pena dado por el Ad quem del consentido por el Fiscal de Cámaras devino por aplicación del artículo 402 II del Código Procesal Penal -según ley 12912-, que habilita a los jueces a imponer una pena superior o más grave a la pedida por el fiscal cuando ello sea consecuencia del cambio de calificación jurídica, norma que no fue atacada en su constitucionalidad. Así, como se resolvió, resulta claro que ha quedado satisfecha la garantía de congruencia, ya que "La regla no se extiende, como principio, a la subsunción de los hechos bajo conceptos jurídicos. El tribunal que falla puede adjudicar al hecho acusado una calificación jurídica distinta a la expresada en la acusación (iura novit curia)" y, en consonancia a lo decidido por el Tribunal a quo en el "sub examine", "...se puede fallar un concurso real (C.P., 55) lo que para la acusación significó un concurso ideal (C.P., 54) o un concurso aparente (de leyes), siempre que la discrepancia sea meramente jurídica, es decir, la sentencia no agregue una circunstancia (temporal, espacial o de modo) no contenida en la acusación". (conf. Maier, Julio B. J. "Derecho procesal penal. Tomo I. Fundamentos. Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004. 2º ed. 3º reimp. págs. 569 y 576/577). En cuanto al agravio del recurrente en torno a una supuesta fundamentación aparente en la decisión de la Sala sobre el monto de la pena, en los términos en que fue formulada su postulación, no alcanza a demostrar que la medida dispuesta signifique un apartamiento arbitrario de las pautas establecidas en el artículo 41 del Código Penal. Ello es así, toda vez que el Juez de primera instancia, al determinar la pena, consideró que "...V. H. Z., N. J. R. y J. A. L. no registran condenas con anterioridad, tengo en cuenta los desfavorables informes de V. H. Z. (fs. 237), y J. A. L. (fs. 252), que N. J. R. (fs. 246), goza de buen concepto entre sus vecinos, se desempeñaba como personal de la Municipalidad de Santo Tomé, tiene escasa instrucción, no tiene cargas de familia, la extensión del daño, en los sucesos actuaron con violencia humana, tienen una personalidad violenta..." (f. 723v.). A su turno, la Cámara estimó que debía confirmarse la sentencia de condena en toda su extensión "...ya que la pena establecida por el a quo luce justa, equitativa y perfectamente adecuada a la gravedad de los hechos y a la intensidad de la culpabilidad del causante" (f. 785), advirtiéndose con ello que en modo alguno la Sala determinó pena, sino que se limitó a confirmar lo decidido por el Magistrado de grado, quien previo a celebrar la "audiencia de visu", ponderando aspectos concretos relativos a pautas objetivas y subjetivas (arts. 40 y 41 del Código Penal) directamente relacionadas a las constancias de la causa, fijó pena para los imputados dentro de las escalas penales aplicables para las conductas ilícitas reprochadas oportunamente y que fueron motivo de debate a lo largo de todo el proceso. En consecuencia, entiendo fundado el monto de la pena a imponer a N. J. R.

3.2. Con relación al imputado J. A. L., la Cámara, evaluando el dictamen del Fiscal de grado, expresó que si bien aquél consideraba posible una disminución de la pena, "tomando en cuenta que el mismo ha tenido una participación de significación en la Tentativa de Homicidio agravado por el empleo de arma de fuego por el que fueran condenados sus consortes de causa y que para él no ha habido exclusión de ningún delito, en tanto no se lo condenara por la Portación ilegal de arma de fuego, que fuera la razón de la disminución del monto de las penas de Z. y R.; dadas las condiciones personales del imputado L., su grado de instrucción, su comportamiento a lo largo del proceso, sus antecedentes, el perjuicio causado, las circunstancias particulares del delito y demás pautas orientativas establecidas por los artículos 40 y 41 del mencionado cuerpo legal, estimo justa la aplicada por el 'a quo'...". Con tales argumentos, la Sala confirmó la pena impuesta en baja instancia (fs. 723v. y 784). Ante ello, la defensa técnica cuestiona este razonamiento destacando que se avaló una pena sin ningún tipo de fundamentación y que el Fiscal de Cámaras recomendó disminuir su pena. Sin embargo, como sostuve en mi voto en el recurso de queja interpuesto por la defensa (vide A. y S. T. 246, págs. 295/300), tal agravio carece de matiz constitucional, pues -tal como se vio- se explicitaron argumentos para aplicar la pena seleccionada -más allá de su acierto o error-. Asimismo, se aprecia que la Cámara no soslayó el dictamen invocado. En éste se ponderaba que "...la determinación de la pena por parte del Juez de grado, realizada conforme a las pautas de los artículos 40 y 41 del Código Penal estuvo fincada en las características que tuvo el hecho en que se viera involucrado, la extensión del daño sufrido y los informes sociales y personales acompañados..." y que en su criterio "...y sin perjuicio de no objetar el razonamiento del judicante por haber fundado su decisión, que se halla asimismo dentro de los límites mínimos y máximos fijados legalmente, tomando en consideración que se halla dentro del margen discrecional de los jueces su graduación, tomando como punto central el grado de participación en el evento y la extensión del daño en la persona de la víctima, considero que puede reducirse la pena a siete años de

prisión, accesorias legales y costas." (fs. 771/771v.). Efectuando nuevamente una lectura de la sentencia, se aprecia que la Sala evaluó dicha pieza procesal, mas entendió que ésta -en los términos en que fue formulada- no implicaba una limitación concreta a sus facultades; tesis que resulta una posible intelección de dicho dictamen y que deviene acorde con la opinión del propio Fiscal de Cámaras al contestar el traslado previsto en el artículo 4 de la ley 7055, proponiendo la desestimación de la vía extraordinaria, al señalar que la resolución de la Sala fue pronunciada con todas las garantías del debido proceso, de la defensa en juicio y respetándose el derecho a la jurisdicción. De allí que, como se advierte, entiendo que el Tribunal a quo explicitó suficientemente las razones que lo llevaron a propiciar la confirmación de la condena de R. y L. y la imposición de sus penas, no demostrando el recurrente arbitrariedad o vicio alguno que torne inidónea dicha resolución. Por las razones expuestas, considero que debe desestimarse por inadmisibles el recurso de inconstitucionalidad interpuesto. Voto, pues, por la negativa. A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Oliva dijo: 1. En línea con el resumen de los antecedentes del caso que efectuara la señora Ministra doctora Gastaldi -cuyo desarrollo adscribo-, echa de verse que: 1.1. En fecha 2 de noviembre de 2010, el Juez de Primera Instancia de Distrito en lo Penal de Sentencia N° 4 de Santa Fe condenó respectivamente a los inculcados V. H. Z. y a N. J. R. a la pena de 10 años de prisión efectiva, en carácter de autor y partícipe principal de los delitos de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego -en grado de tentativa- y portación ilegal de arma de fuego de uso civil, en concurso real (arts. 79, 41 bis, 42, 189 bis 2) tercer párrafo, 55, C.P.). Y respecto de J. A. L. la condena recayó sólo respecto de la imputación como partícipe principal -en grado de tentativa- del delito de homicidio agravado por el empleo de arma de fuego, imponiéndole una pena de 8 años de prisión (arts. 45, 79, 41 bis, 42, C.P.; fs. 706/724v.). 1.2. Deducido recurso de apelación por L. y R. (fs. 725, 741 y 759/766, autos principales), la Sala Tercera -integrada- de la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe confirmó en todas sus partes la sentencia apelada (fs. 778/788v., autos principales). 1.3. Contra el pronunciamiento de la Alzada, interpuso la defensa técnica de L. y R. recurso de inconstitucionalidad (fs. 1/7). En lo que aquí resulta de interés, la impugnante cuestionó la determinación de la pena achacándole sustentarse en un razonamiento abstracto, impreciso, genérico y desvinculado de las especificaciones del caso. Afirmó, a modo "meramente ejemplificativo", que sus defendidos carecían de antecedentes condenatorios, que la víctima se recuperó en el término de un mes, y que no se meritaban los buenos informes y antecedentes de R. respecto del coimputado (Z.) al que se le impuso la misma pena. Destacando que el mismo Fiscal de Cámara recomendó disminuir la pena a los encartados por considerarla de un gravamen mayor al que debían en realidad sufrir. Reprocha que el decisorio impugnado violenta el orden constitucional en cuanto a la fundamentación arbitraria y aparente, afectando los principios de igualdad ante la ley, debido proceso, defensa en juicio, quebrantándose el orden en razón de la unidad y dignidad del hombre al agravarse inhumanamente la pena prescindiéndose de considerar los aspectos particulares de cada detenido, equiparando todos los consortes de la causa sin una verdadera y minuciosa fundamentación de la pena. 2. Esta Corte, por mayoría, admitió parcialmente la queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa de los imputados R. y L., contra la sentencia dictada por la Sala Tercera de la Cámara de Apelación en lo Penal de Santa Fe, en el entendimiento de que la postulación vinculada con la deficiente fundamentación del monto de la pena impuesta a los condenados importaba -"prima facie"- articular con seriedad un planteo que podía configurar una hipótesis de arbitrariedad con idoneidad suficiente como para operar la apertura de esta instancia extraordinaria (vide, A. y S. T. 246, págs. 295/300). Votaron en tal sentido los señores Ministros doctores Gastaldi, Erbetta, Falistocco (por sus fundamentos), los señores Minsitros doctores Gutiérrez y Spuler, y en disidencia el señor Ministro doctor Netri (fs. 98 del Expte. N° 401/11 "Queja"). En el trámite del recurso de inconstitucionalidad (Expte. N° 414/12), se recabó el dictamen de la Procuración General (fs. 25/26v.). Pues bien, en el examen de admisibilidad que prescribe el artículo 11 de la ley 7055, efectuado con los principales a la vista, me conduce a proponer la inadmisibilidad, remitiéndome íntegramente al voto de la señora Ministra doctora Gastaldi, aunque no sin formular algunas reflexiones tangenciales que conducen al mismo resultado. 3. Según mi criterio, la problemática que subyace en este caso sólo aparenta circunscribirse al monto de la pena y sus repercusiones inmediatas -sobre la regla de congruencia y sobre el exceso de jurisdicción por "plus petitio"-, ya que en verdad pone sobre la mesa de debate a todos los extremos del concepto de acusación, generando interrogantes tales como si la opinión del fiscal de segunda instancia, que coincide con el imputado apelante -aquí para reducir el monto de la pena, pero bien podría ser para excluirla- obliga al tribunal de apelación; o si la respuesta del mismo funcionario a los agravios de la defensa debe interpretarse como un cambio de la acusación; o si la segunda instancia -como la primera- está prevista para efectuar un control de calidad de la acusación. 4. Para dar respuesta a estos interrogantes, es necesario recordar que a partir del leading case "Tarifeño" (CSJN-Fallos:317:2043), la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación adscribió a una interpretación amplia del concepto de acusación, integrativo de acción (continente) y pretensión (contenido), a partir de la cual, no obstante alguna vacilación en Marcilese (CSJN-Fallos: 325:2005), se entendió que si el actor penal no mantenía una pretensión inculpativa hasta el final del juicio de primera instancia, el tribunal no estaba habilitado para condenar, por aquello de que un proceso válido requiere de acusación, defensa, prueba y sentencia (CSJN-A. Y S. T. 116, pág.

23; T.119, pág. 284; T. 121, pág. 285; T. 125, pág. 10; T. 134, pág. 242; T. 279, pág. 355). 4.1. Este concepto amplio de "acusación", cuenta con un fuerte respaldo doctrinario y ha abierto senderos de indudable protección del derecho de defensa en juicio, pues si el acusador no sostiene su tesis al momento de los alegatos, y el tribunal dicta una condena, esta resultaría sorpresiva, pues el imputado no habría contado con una tesis previa que refutar. Esta conclusión, por lo demás, resulta válida para la acusación "en el todo" (el juez no puede condenar si el fiscal pidió la absolución), o "en las partes" (el juez tiene prohibido modificar los factores de atribución escogidos por el fiscal (CSJN - "Sircovich" S.1798.XXXIX; "Zurita" Fallos:314:333, etc.), y no puede exceder el pedido de pena efectuado por el mismo (art. 402 II, C.P.P., ley 12912 y arts. 18 y 24, C.N.; art. 8.5, C.A.D.H.; art. 14.1, P.I.D.C. y P.; art. XXVI, D.A.D.D.H.; art. 11.1, D.U.D.H >). 4.2. Tengo dicho antes de ahora, al exponer en el segundo panel del Primer Congreso Provincial de Derecho Procesal Penal, llevado a cabo en la ciudad de Rosario los días 8 y 9 de noviembre de 2012 ("CONCLUSIONES, CONFERENCIAS Y PONENCIAS" Ed. Juris, Rosario, Junio de 2013; y conferencia filmada en el video N° 3 de la página web:<http://www.congresoprocesaipenalsantafe.blogspot.com.ar/>), que esta interpretación resulta funcional al modelo de proceso que manda la Constitución Nacional (conf. CSJN - "CASAL, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681-"; C. 1757. XL. RECURSO DE HECHO, 20/09/05) y que, desde una óptica general, resulta altamente positiva, aunque desde lo particular no muestre demasiado apego con la aplicación estricta del sistema de ejercicio de la acción procesal penal que contempla el Código Procesal Penal santafesino, aún enrolado en la regla de "legalidad". Un sistema de proceso adversarial -o neoadversarial- requiere que la pretensión sea disponible (teoría del conflicto), así como uno inquisitivo -en cualquiera de sus modalidades-, que toda hipótesis de delito se persiga hasta su agotamiento jurisdiccional, salvo -en el atenuado o mixto- que se admita alguna excepción de oportunidad (teoría de la infracción). Según mi criterio, como la legalidad sigue ahí, como cuña de distinto palo, o como engranaje de diferente maquinaria, la interpretación jurisprudencial prefirió soslayarla en beneficio del sistema acusatorio, echando manos a un argumento ómnibus, como es el del "derecho de defensa en juicio". Si el fiscal no pide pena y el juez la aplica, se perjudica el derecho de defensa, y si el fiscal pide una pena y el juez aplica otra más gravosa, ocurre lo mismo. El derecho de defensa en juicio, diríamos entonces, opera como "herramienta de corrección", aunque no logre disimular la inconsecuencia de la ley. No está demás reflexionar aquí sobre el uso, a veces excesivo, que se efectúa de las herramientas de corrección, según la especie de proceso de que se trate. Los mentores del inquisitivo, suelen justificarlo todo invocando a la "justicia" (hasta el hecho de que el juez favorezca la tesis del fiscal). Quienes nos enrolamos en el acusatorio, debemos cuidarnos de no hacer lo mismo con el "derecho de defensa en juicio". 5. Pues bien, cabe preguntarse entonces si la doctrina jurisprudencial sentada en "Tarifeño" (reafirmada en "Mostaccio" Fallos:327:120), resulta obligatoria en segunda instancia, tal como lo es en primera (Doctrina del "sometimiento condicionado"; conf. CSJN, Fallos:212:51; ídem, Fallos:212:60; ídem, Fallos:312:2007; ídem, Fallos: 307:1094; ídem, Fallos:311:1644. Vid también: CSJ Santa Fe, A. y S., T. 119, pág. 119; ídem, T. 119, pág. 483; ídem, T. 120, pág. 374; ídem, T. 123, pág. 272), lo que me apresuro en responder de manera negativa. 5.1. En el Congreso ya aludido, he tenido oportunidad de opinar sobre este problema, sosteniendo que "...Las posiciones en pugna sostienen -por un lado-, que debe seguirse la misma doctrina del caso "Tarifeño", y -por otro-, que la Fiscalía no puede disponer de un pronunciamiento jurisdiccional ya dictado, aunque no esté firme. Según mi criterio, "Tarifeño" debe aplicarse a la primera instancia, porque esta etapa del proceso tiene por objeto un control de calidad -como una norma ISO- de la acusación, pero no a la segunda, cuyo objeto es un control de calidad del fallo, y sólo en la medida de los agravios. La disponibilidad propia de la segunda instancia no modifica este panorama, porque pertenece al apelante (el imputado sobre el que pesa la condena no firme) y no al apelado (el fiscal). Empero, todo el problema se vería desactivado si el Actor Penal contara con "disponibilidad", pues con ella hasta es posible "perdonar" la ejecución de una pena firme (art. 69 CP)..." (OLIVA, Juan M. "LEGALIDAD, OPORTUNIDAD y DISPONIBILIDAD" artículo publicado en págs. 77/82 del Libro "CONCLUSIONES, CONFERENCIAS y PONENCIAS del 1er. CONGRESO PROVINCIAL DE DERECHO PROCESAL PENAL - Rosario 8 y 9 de Noviembre de 2012; Editorial Juris, Rosario, Junio de 2013). 5.2. Desarrollando esa idea, sostengo que aún cuando en la etapa recursiva la acusación siga siendo una referencia necesaria, lo que está en juego cuando se apela una condena no es ella, sino el fallo. La segunda instancia no es un control de calidad de la acusación, sino un control de calidad del fallo. Y es por eso que los agravios son considerados inexistentes cuando se limitan a reproducir la discusión de baja instancia, sin formular una crítica del fallo; es por eso que no resulta necesario que el imputado apelante tenga la última palabra; y es por eso también que el imputado puede desistir libremente del recurso, pues de tal manera no está admitiendo tardíamente la acusación (art. 548 VII, C.P.P.), sino que está consintiendo el fallo. No debe perderse de vista, por lo demás, que aún cuando la segunda instancia es una etapa dónde rige plenamente la disponibilidad de la acción, quien puede emplear esta herramienta es el apelante, y no el apelado. 5.3. Aquel argumento del perjuicio al "derecho de defensa", que en primera instancia atiende a que no pudo confrontarse la acusación o no pudo discutirse la pena en tipo, monto y/o modalidad antes de la condena, no sirve para la segunda, porque en esta los agravios defensivos fincan sobre un acto de jurisdicción, y la respuesta a los mismos -a cargo del Fiscal de

Cámaras- es posterior. Ergo, no puede utilizarse la misma herramienta de corrección. 5.4. Desde otro ángulo, suma un argumento más el hecho de que el aporte del fiscal de segunda instancia convocado para responder agravios, resulta dispensable, pues a partir de ello, mal puede considerarse al mismo obligatorio o vinculante para la jurisdicción. En efecto, los artículos 154 y 155 del Código Procesal Penal, ley 12912 son claros en orden a que los plazos para las partes resultan perentorios, salvo aquellos pautados para que se cumpla una actividad indispensable en el proceso. En segunda instancia, esta normativa puede flexibilizarse a favor del imputado por razones de defensa eficaz (conf. doctrina jurisprudencial sentada por la C.S.J.N. en Fallos:329:4248, 319:192 etc, consistente en "ignorar el rigor del derecho" frente a hipótesis de indefensión; "intimar al defensor para que cumpla con su función" o "apartarlo del cargo"; no hacer "caer la falta del defensor en cabeza del imputado" etc.), pero no respecto de la fiscalía, que como órgano del Estado no puede esgrimir derechos contra los particulares. Pues bien, cabe preguntarse entonces qué efectos procesales habrían de producirse si el fiscal de cámaras no respondiera los agravios del imputado apelante. Si su "posición" tuviera efectos vinculantes, la omisión de sentarla significaría un allanamiento a la tesis contraria, o una modificación o hasta un retiro de la acusación, y obligaría al Tribunal a revocar la sentencia en todo cuanto hubiera sido materia de agravios. Empero, salvo que se admitiera la plena "disponibilidad" de la pretensión por parte del apelado (lo que significaría lisa y llanamente la derogación del sistema de ejercicio de la acción procesal penal establecido por el legislador santafecino), es claro que tal omisión sólo produciría efectos de índole administrativa contra el funcionario negligente. Tengo la plena convicción, entonces, de que lo que se espera del fiscal de alzada es una "opinión" sobre el fallo y los agravios, sin efecto vinculante, porque la razón de ser del recurso no es -como ya dijimos- un control de calidad de la acusación que atraviese el fallo de primera instancia como si este no existiera, sino un control de calidad o una auditoría del fallo, a la luz de las protestas del apelante y la opinión (o no) de la contraria. 5.5. Como sentara la Corte Suprema de Justicia de la Nación "La acción pública no se mide por el número de instancias que se recorren y queda satisfecha cuando se dicta fallo" (CSJN, "Gómez, Mario Sixto", CSJN-Fallos: 234:270). Desde esa perspectiva, la acusación siempre será una referencia necesaria, pero en un sistema de ejercicio de la acción procesal como el que rige el caso -el de la ley 12912 que, por lo demás, sólo difiere del de la 12734 en la posibilidad de conversión de la acción y la plena disponibilidad que esta permite- la misma no puede considerarse modificada por la simple opinión de los funcionarios que intervengan en etapas recursivas. La posición contraria, aplicada consecuentemente, llevaría al absurdo de que la opinión del Procurador de la Corte, que dictaminara durante el trámite de un recurso de inconstitucionalidad basado en la "arbitrariedad" de un fallo -poniendo elípticamente en jaque a los hechos y la prueba del caso-, fuera vinculante para esta Corte, o que algo similar ocurriera con el recurso extraordinario Federal.

6. Insisto, entonces, que la opinión del fiscal de alzada sobre el todo de la acusación, o sobre alguna de sus partes (como la pena), no puede ser vinculante para la jurisdicción, pues ésta lo que debe verificar, en el marco de los agravios del apelante y con máximo rendimiento (C.S.J.N. - "Casal"), es la validez y/o la justicia del fallo. En línea con ello, afirmo que ni siquiera una petición concreta del fiscal de cámaras a favor del imputado apelante obligaría a la jurisdicción, y mucho menos, por ende, cuando éste funcionario sólo se limita a verter una opinión en tal sentido. 6.1. Cabe consignar que en la especie el fiscal de cámaras, doctor Carlos Romero, no pidió concretamente la reducción de las penas de los imputados, sino que se limitó a dar su punto de vista -en línea con nuestro criterio de lo que le toca hacer en la etapa recursiva- sobre los agravios de sus contradictores. Así resulta de la construcción de sus frases, de la falta de adhesión al recurso de la defensa, de la ausencia de una petición, a manera de cierre de su escrito (fs. 771v., autos principales), y del hecho -advertido por el señor Ministro doctor Netri en su disidencia de fs. 101 "Queja"- de que al contestar el traslado previsto en el art. 4º de la ley 7055, propuso la desestimación de la vía extraordinaria (fs. 68 "Queja").

6.2. Cabe recordar, por último, que este Tribunal, en el precedente "Bustamante" (Reg.: A. y S., T. 177, pág. 222 [2002]), y luego en los autos caratulados "E.A.O. - Robo Calificado por uso de arma en grado de tentativa, sobre recurso de inconstitucionalidad" (Expte. C.S.J. Nro. 470, Año 2004), de fecha veintiocho de septiembre de dos mil cinco (Reg.: A y S T. 209 págs. 485/489), y en el caso "Garces, Edgardo" (Reg. A. y S. T. 114, pág. 486) tiene dicho que la petición del Fiscal de Cámara en favor de la absolución constituye una opinión que "carece de carácter vinculatorio para el Tribunal", y si bien la ausencia de acusación fiscal seguida por una condena constituye un indudable caso constitucional que torna procedente la interposición del recurso, el concepto sólo juega en el plenario o juicio común, mas no, claro está, en la Alzada, donde el Ministerio Fiscal puede hasta omitir responder agravios". Se añadió asimismo que tampoco podía merecer favorable acogida lo postulado con relación al efecto vinculante del pedido absolutorio del Fiscal de Cámaras, atendiendo en particular "a las implicancias del principio de legalidad procesal (u oficialidad) en la persecución de los delitos, que no tolera (salvo que la ley disponga lo contrario) la disponibilidad de la acción penal, en particular cuando ya ha mediado acusación y condena", recordándose en ese orden el principio de irrevocabilidad ("Klagerücknahmesverbot", como lo establece el artículo 156 de la Ordenanza Procesal Penal alemana), cuya vigencia explica la posibilidad de que el Ministerio Público Fiscal recurra en favor del imputado (art. 405, C.P.P.S.F.). 6.3. La opinión del doctor Romero, entonces, no debe considerarse como un límite a la potestad jurisdiccional de la Alzada de confirmar el fallo en todas sus partes, pues, caso contrario,

se estaría otorgando al fiscal de cámaras no ya la posibilidad de disentir con su inferior jerárquico, sino la de contar con una especie de poder de veto sobre el fallo de un juez de grado que se pronunció dentro del marco de sus atribuciones, respetando la regla de congruencia y sin incurrir en ningún exceso de jurisdicción. Este es mi criterio, y así voto, reiterando que en lo demás me remito al voto de la señora Ministra doctora Gastaldi. Por todas las consideraciones que anteceden, considero debe desestimarse por inadmisibile el recurso extraordinario deducido. Voto, pues, por la negativa. A la segunda cuestión, el señor Presidente doctor Falistocco dijo: Conforme al resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, no corresponde pronunciarse sobre ésta. Así voto. A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta, la señora Ministra doctora Gastaldi, los señores Ministros doctores Gutiérrez, Spuler y Netri y el señor Juez de Cámara doctor Oliva expresaron idéntico fundamento al vertido por el señor Presidente doctor Falistocco y votaron en igual sentido. A la tercera cuestión, el señor Presidente doctor Falistocco dijo: Atento al resultado obtenido al tratar las cuestiones anteriores, corresponde declarar inadmisibile el recurso interpuesto. Así voto. A la misma cuestión, el señor Ministro doctor Erbetta, la señora Ministra doctora Gastaldi, los señores Ministros doctores Gutiérrez, Spuler y Netri y el señor Juez de Cámara doctor Oliva dijeron que la resolución que correspondía adoptar era la propuesta por el señor Presidente doctor Falistocco y votaron en igual sentido. En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Corte Suprema de la Provincia RESOLVIÓ: Declarar inadmisibile el recurso interpuesto. Registrarlo y hacerlo saber. Con lo que concluyó el acto, firmando el señor Presidente, los señores Ministros y el señor Juez de Cámara por ante mí, doy fe. FDO.: FALISTOCCO (en disidencia) ERBETTA (en disidencia) GASTALDI GUTIÉRREZ (en disidencia) NETRI OLIVA SPULER FERNÁNDEZ RIESTRA (SECRETARIA). Correlaciones: A., G. A. s/recurso de casación e inconstitucionalidad - Cám. Nac. Casación Penal - Sala IV - 09/10/2012 001231E