

Cámara Federal de Casación Penal

REGISTRO N° 1890.14.4

///la ciudad de Buenos Aires, a los 19 días del mes de septiembre del año dos mil catorce, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente, y los doctores Juan Carlos Gemignani y Mariano H. Borinsky como Vocales, asistidos por el Secretario Actuante, a los efectos de resolver los recursos de casación deducidos a fs. 474/483 y 484/497 vta. de la presente causa N° 15.978 del Registro de esta Sala, caratulada: "M., A. J. s/recurso de casación", de la que

RESULTA:

I. Que el Tribunal Oral de Menores N° 2 de esta ciudad, con fecha 17 de mayo de 2012, en la causa N° 6771 de su registro resolvió:

I. Declarar "...a A. J. M., de las demás condiciones personales mencionadas en autos, autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por su comisión con alevosía y mediante la utilización de un arma de fuego en concurso real con portación ilegítima de arma de guerra, con costas (arts. 41 bis, 45, 55, 80 inc. 2°, 189 bis inc. 2°, cuarto párrafo, del Código Penal y 530 y cctes del C.P.P.N.),

II. Condenar "...a A. J. M., de las demás condiciones personales mencionadas, a la pena de diez años de prisión y accesorias legales, en orden a los delitos por los cuales fuera declarado penalmente responsable en el punto dispositivo que antecede (art. 5, 12, 41 bis, 45, 55, 80 inc. 2° y 189 bis inc. 2°, cuarto párrafo, del Código Penal y art. 4 de la ley 22.278 en concordancia con la ley 23.849)-cfr. fs. 448/449 y cuyos fundamentos se encuentran glosados a fs. 450/473 vta.

II. Que contra dicha decisión interpusieron sendos recursos de casación la señora Defensora Pública de Menores e Incapaces N° 1, doctora María Luz de Fazio (fs. 474/483) y el señor Defensor Auxiliar (D.G.N.) a cargo interinamente de la

Defensoría Pública Oficial N° 2, doctor Damián R. Muñoz (fs. 484/497 vta.), los que fueron concedidos (fs. 498/499) y mantenidos ante esta instancia (fs. 511 y 512, respectivamente).

III. Que la señora Defensora Pública de Menores e Incapaces expresó que en el fallo cuestionado se habría producido un "...errónea aplicación de la ley sustantiva -art. 4to de la ley 22.278- a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño y arbitraria fundamentación en cuanto no se aplicó a M. la solución absolutoria prevista por la norma aludida...", en orden a los hechos por los que fue condenado M. (fs. 478 vta.).

En este sentido, cuestionó la fundamentación que el tribunal sentenciante utilizó para justificar la necesidad de la aplicación de una pena. Es así, que hizo mención a los lineamientos que emanan del precedente "Maldonado" de nuestra Corte Federal respecto del denominado Derecho Penal de los Menores y destacó que resulta "...indiscutible que la pena en el régimen penal juvenil constituye la excepción y, por ende, la sentencia que decide la condena de un joven en lugar de su absolución, debe ser debidamente fundada de manera tal que quede acabadamente demostrado que otra solución resulta inviable..." (fs. 479 vta.).

Señaló, que en la decisión criticada el a quo "...justificó la necesidad de imponerle una pena al joven M., en razón de la gravedad de los hechos por los cuales fuera declarado penalmente responsable, el resultado del tratamiento tutelar dispensado, la falta de arrepentimiento evidenciada y la regular impresión que le causara..." (fs. 479 vta/480). Sobre este último punto, adujo que la impresión regular "...que les causara tampoco puede ser utilizada como fundamento de la necesidad de la pena a la luz del principio de culpabilidad, por ser precisamente una circunstancia que no ha sido materia de controversia y por ende, sobre las que el imputado tampoco pudo ejercer su derecho de defensa (art. 18 C.N.)..." -fs. 480-. Además, afirmó que la sentencia "...no se explicitó mínimamente los motivos

Cámara Federal de Casación Penal

que sustentan semejante afirmación..." (fs. 480 y vta.). En esta misma línea de pensamiento, puso de resalto que sería infundada la afirmación del tribunal de mérito relativa a la necesidad de aplicación de pena "en función del tratamiento tutelar dispensado", puesto que Medieta habría tenido notorios avances en el marco del mencionado tratamiento (fs. 482).

Como consecuencia, de todo lo reseñado destacó que "...en forma solapada...", el a quo sustentó la condena exclusivamente en la gravedad de los hechos sometidos a su juzgamiento, lo cual, según se ha visto, no resulta compatible con los lineamientos trazados en materia minoril, tanto por la normativa respectiva como por la jurisprudencia del Alto Tribunal..." en materia de menores en conflicto con la ley penal (fs. 482 vta.).

Por último, afirmó que esta Cámara "...debe casar la sentencia recurrida y disponer la absolución de A. J. M., por aplicación del art. 4° de la ley 22.278...", debiendo ordenarse su inmediata libertad en los términos del art. 473 del catálogo instrumental (fs. 482 vta.). Como colofón, hizo expresa reserva del caso federal (art. 14 ley 48).

De otra parte, el señor Defensor Estadual esgrimió los siguientes agravios:

a) sostuvo que la sentencia puesta en crisis carecería de una adecuada motivación (art. 456 inc. 2° CPPN), en virtud de que el tribunal a quo habría realizado una arbitraria valoración de la prueba producida en el debate, no habiéndose sujetado a la reglas de la sana crítica racional. En este mismo orden de ideas, puntualizó que "...a criterio de esta defensa no se ha acreditado debidamente la participación de M. en el suceso endilgado, lo que importa una clara afectación del *in dubio pro reo* y al estado de inocencia (arts. 18, 123, 398 y 404 CPPN)..." (fs. 485).

b) cuestionó la aplicación a su pupilo de la agravante del homicidio por alevosía por haberse conculcado - a su entender- el principio de congruencia (fs. 485). Es que, de "...manera congruente con la descripción formulada en la

declaración indagatoria (fs. 151/2) y en el auto de procesamiento (fs. 214/221), en el requerimiento de elevación a juicio se efectuó un detalle fáctico que se limitaba a mencionar los disparos y que tenía como correlato una calificación de homicidio, sólo agravado por el uso de arma de fuego..." y en la sentencia se condenó a su asistido por homicidio agravado por alevosía, lo que violentaría su derecho a la defensa en juicio (art. 18 C.N.) -fs. 490 vta. y sigtes-. Y así lo sería, por cuanto "...el salto de una figura a la otra no puede implicar una mera modificación de la calificación legal..." (fs. 490 vta.).

En forma subsidiaria, alegó tres motivos con cita del art. 456 inc. 1° del catálogo instrumental, a saber:

a) se agravió de la aplicación de la agravante de la alevosía al hecho fijado por el tribunal sentenciante al no encontrarse debidamente acreditada la dinámica del suceso. En concreto, si el disparo a Ibarra fue por la espalda o no, si se encontraba solo o acompañado, etc. Concluyendo, que resulta "...irrazonable sostener que el autor haya primero disparado al pecho de la víctima para que una vez en el piso, producto de la lesión ocasionada, aprovechara esa circunstancia para luego efectuar otro disparo, esta vez, a la cabeza. Es obvio que un disparo en el pecho revela de por sí la intención de causar la muerte y no de generar una situación de indefensión que permita y facilite un segundo disparo a otra zona vital y ésta sí, con finalidad homicida..." (fs. 492). En este sentido, hizo mención al resultado de la autopsia realizada al cuerpo de Ibarra por el doctor Liaño (fs. 492), la que desde su personal perspectiva daría sustento a su tesis de cómo acontecieron los hechos investigados.

b) criticó que el tribunal de mérito le haya impuesto a su pupilo la agravante genérica del art. 41 bis del C.P., en razón de que "...la propia agravante genérica está limitando su aplicación a aquellos delitos que expresamente contengan los elementos típicos violencia o intimidación contra las personas. Por lo que extender su operatividad a

Cámara Federal de Casación Penal

las figuras que no contemplen literalmente dichas exigencias importa lisa y llanamente, una afectación al principio de legalidad..." (fs. 494),

c) adujo que el tribunal oral habría incurrido en un "vicio in iudicando", puesto que "...no existe ningún elemento de prueba que permita acreditar una portación anterior ni posterior al suceso sometido a juzgamiento, esto es, al homicidio...". Dicha circunstancia, impediría que se verifique un concurso real entre el homicidio y la portación ilegítima de arma de fuego, configurándose -a su entender- un concurso aparente de tipos penales (fs. 494 y vta.).

d) Por último, luego de hacer mención a las normas legales, constitucionales y convencionales que rigen el derecho penal juvenil, expresó que en la resolución criticada no sólo "... no se han analizado todas las pautas que contiene el art. 4 de la ley 22.278, sino que además las que fueron concretamente abordadas no han sido debidamente motivadas..." (fs. 496 vta.). Puntualizó, que "... la sentencia le asigna a la pauta de 'la modalidad del hecho' entidad suficiente para fundar la necesidad de sanción. Y ello, porque aunque menciona al 'resultado del tratamiento tutelar' no brinda argumentos suficientes que permitan controlar la línea de razonamiento...", que conduce a la conclusión de la necesidad de la aplicación de pena (fs. 496). Asimismo, reiteró -sobre este punto- y en lo sustancial- fundamentos ya esbozados por la Defensora de Menores e Incapaces en su recurso de casación. Por último, efectuó expresa reserva de recurrir por la vía extraordinaria federal.

IV. Que en la oportunidad prevista en los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del C.P.P.N., el señor Fiscal General, doctor Raúl Omar Plée a fs. 516/522 petitionó el rechazo de los remedios casatorios impetrados. Por su parte, a fs. 523/525 vta. se presentó la señora Defensora Pública Oficial "ad- hoc", doctora Elisa Herrera quien solicitó que se case la sentencia impugnada y se absuelva a su pupilo por aplicación del principio "in dubio pro reo". En subsidio, petitionó que se aplique la pena correspondiente a la

calificación legal propuesta por la asistencia técnica oficial. Por último, hizo expresa reserva de recurrir por la vía extraordinaria federal (art. 14 de la ley 48).

V. Que superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia a fs. 531 y celebrada la audiencia de conocimiento directo prevista en el art. 41 del C.P. (fs. 546), quedaron las actuaciones en condiciones de ser resueltas.

Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Juan Carlos Gemignani, Gustavo M. Hornos y Mariano Hernán Borinsky.

El **señor juez Juan Carlos Gemignani** dijo:

a) Que en atención a que la resolución atacada reviste el carácter de una sentencia definitiva (art. 457 C.P.P.N.) y teniendo presente lo establecido en el art. 40.2.v de la C.D.N., en el art. 27, inc. e) de la ley 26.061 en los arts. 8.2.h. de la C.A.D.H. y 14.5 del P.I.D.C.y P.; encontrándose cumplidos, asimismo, los requisitos de admisibilidad previstos en los arts. 438, 456 y 463 del catálogo instrumental, ello impone que me aboque a su tratamiento.

Que, previo a todo análisis, cabe puntualizar que el alcance de la revisión que corresponde a esta Cámara respecto de una sentencia de condena, se encuentra delimitado por los lineamientos esbozados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación "in re" "Casal, Matías Eugenio y otros/ robo simple en grado de tentativa -causa N° 1681-", Recurso de hecho, C. 1757. XL.

En dicho precedente, el Alto Tribunal destacó que "...la interpretación del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación conforme a la teoría del máximo rendimiento, o sea, exigiendo al tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme las posibilidades y particulares de cada caso, revisando todo lo que sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho..." (considerando 32).

Cámara Federal de Casación Penal

Agregando, que "... en síntesis, cabe entender que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, sólo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas..." (considerando 34).

De otra parte, considero adecuado adelantar que habré de pronunciarme acerca de los agravios expuestos por los recurrentes que estime conducentes y relevantes para la decisión del caso, con sujeción a la jurisprudencia que desde antaño ha venido elaborando nuestro Cívero Tribunal sobre este punto.

b) Que el "*corpus iuris*" específicamente aplicable en materia de los menores infractores de la ley penal está constituido básicamente por la Constitución Nacional, por la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la ley 22.278 que establece el Régimen Penal para la Minoridad y la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

c) Que la ley 26.061 derogó expresamente la ley 10.903 "Patronato de Menores" y resalta en su art. 1° que "... tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina..." y los derechos en ella reconocidos "... están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño...".

Que el art. 3 de la ley 26.061 establece el alcance que debe otorgársele al principio rector del interés superior del niño, definiéndolo como "...la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos..." en la ley. De esta manera, se consiguió una

respuesta legislativa a la ambigüedad, indeterminación e imprecisión que presentaba dicho concepto, el que no se encuentra definido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

d) Que en relación a los menores en conflicto con la ley penal, no pueden soslayarse los estándares establecidos por la Corte Federal "in re" "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado", M.1022. XXXIX, Recurso de hecho en causa N° 1174-C.S.J.N, rto. el 7 de diciembre de 2005.

e) Que el art. 4 de la ley 22.278 en lo que hace a la imposición de pena a un menor establece que se encuentra supeditada a los siguientes requisitos:

"1) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales;

2) Que haya cumplido dieciocho (18) años de edad;

3) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un (1) año, prorrogable en caso de ser necesario hasta la mayoría de edad.

Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. (el subrayado me pertenece).

Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2°" -lo subrayado me pertenece-.

En otros términos, como lo sostuviera el señor Procurador General de la Nación en su dictamen en el supra mencionado precedente "G.,J.L. s/causa N° 2182/06", al que la Corte Suprema Federal -en forma mayoritaria- se remitió "...la ley desdobra el momento decisivo, pues el tribunal, en caso de hallarlo responsable, primero debe declarar su responsabilidad y someterlo a una medida de seguridad, y sólo

Cámara Federal de Casación Penal

después, en un segundo momento, puede imponerle una pena, siempre que haya cumplido los dieciocho años de edad y haya sido sometido a una medida de seguridad no inferior a un año, que puede prorrogarse hasta la mayoría de edad..." (punto IV).

Y es así, que el tribunal de menores en forma previa a decidir acerca de la aplicación de la pena reducida en la forma prevista para la tentativa (cfr. doctrina emanada del precedente "Maldonado" de Fallos: 328:4343) o —en su caso— absolver, debe por expresa previsión legal en forma previa cumplimentar los requisitos antes mencionados, con la sola excepción de lo establecido en el último párrafo "in fine" del art. 4 de la ley penal de menores.

Sobre este tópico, merece destacarse que la facultad de aplicar o no pena debe ser ejercida con extremo cuidado y suma prudencia, teniendo como fin último el objetivo convencional de la reinserción social del menor en conflicto con la ley penal (art. 40.1 C.D.N.) y teniendo siempre presente el principio rector en la materia del interés superior del niño (art. 3.1 C.D.N.).

f) Que el tribunal sentenciante tuvo por acreditado que "...A. J. M., el día 23 de diciembre de 2010, alrededor de las 13:30 hs, frente al edificio sito en la avenida San Pedrito N° 1542, de este medio, dio muerte a Diego Martín Ibarra mediante dos disparos de arma de fuego.

Para lograr su propósito, M. se acercó a Ibarra cuando este caminaba en dirección a la avenida San Pedrito, desde el sector conocido en la zona como "el ombú", por la pasarela que une los frentes de los edificios del complejo habitacional allí construido, y por razones que no fueron posibles de determinar, desde un costado le efectuó un disparo con una pistola calibre 45 ACP (11,25 mm) a la altura de la cara anterior del hemitórax derecho, lo que le provocó la caída de la víctima...

La dirección fue de adelante hacia atrás, de derecha a izquierda y ligeramente de arriba hacia abajo.

Seguidamente, el encausado se aproximó a la víctima, quien se encontraba a la sazón caída e inerte, con

su cuerpo ocupando parcialmente el veredón y el césped, y parado sobre esa posición a escasa distancia, accionó la corredera del arma, para efectuar un segundo disparo que impactó a la altura de la sien derecha de Ibarra, provocándole así lesiones internas y externas de entidad tal que le ocasionaron la muerte en forma inmediata.

La dirección de este segundo disparo fue de arriba hacia abajo, de derecha a izquierda y de atrás hacia delante...

Luego el aquí juzgado se alejó a la carrera del lugar en dirección contraria a la que había transitado la víctima perdiéndose de vista por atrás del edificio construido frente al identificado con el número 1542 de la Avenida San Pedrito.

Asimismo, ha quedado comprobado con las pruebas producidas en la presente causa, que antes, durante y después del suceso descrito, A. J. M. portó -en condiciones de ser disparada y sin la debida autorización legal- un arma de fuego de puño, ésta una pistola del calibre 45 ACP (11,25 mm), apta para el disparo y cargada -con al menos- dos cartuchos a bala del mismo calibre, las que resultaron aptas para sus fines específicos..." (fs. 450/451).

g) Del recurso de casación deducido por la señora Defensora Pública de Menores e Incapaces, doctora María Luz de Fazio.

Sentado todo cuando precede, creo oportuno adelantar que el remedio casatorio intentado por la señora Defensora de Menores e Incapaces, no habrá de tener acogida favorable por las razones que se expondrán a continuación.

Ello así, en virtud de que -contrariamente a lo sostenido por la referida asistente técnica- el tribunal de menores obró con estricto apego a lo establecido en el art. 4 de la ley 22.278, habiendo meritado la gravedad de los hechos, el resultado del tratamiento tutelar y la desfavorable percepción que causara a los jueces en la audiencia realizada a este fin. Dicho razonamiento, fue el que llevó a dicho órgano colegiado a desechar fundadamente la absolución del encartado e imponerle pena.

Cámara Federal de Casación Penal

Es decir, que el tribunal de grado actuó con sujeción a la normativa legal, constitucional y convencional que resulta aplicable en materia de derecho penal minoril a la cual hice referencia en los considerandos precedentes.

Sobre este particular, es dable destacar que tanto la señora Defensora de Menores, como la Defensa Pública Oficial han omitido rebatir en su remedio casatorio, el argumento referido al tratamiento tutelar según el cual "...su evolución fue observada por un tiempo escasamente inferior al exigido por la normativa..." (fs. 470 vta.) y su falta de arrepentimiento del grave hecho por el que se lo condenara (fs. 471). En concreto, fue observado tutelarmente sólo por cinco meses ya que luego fue detenido en calidad de mayor de edad. (fs. 443). En este mismo sentido, no puede soslayarse lo afirmado por la Fiscal de Juicio a fs. 444, en cuanto "...entiende que el beneficio de la exención de pena no corresponde en el caso, máxime teniendo en cuenta la amenaza que le profiriera a una profesora del instituto a quien amenazó con rociar con aguarrás y prenderla fuego. Cree que recién se está preparando para resocializarse...". Tampoco puede dejar de destacarse los avances que realizó M. en el marco del tratamiento tutelar no pasan de ser incipientes, no encontrándose dadas las condiciones para eximirlo de pena.

En relación, a la pena en concreto me expediré en el considerando j-6 de este voto.

j) Del recurso de casación interpuesto por el señor Defensor Auxiliar (P.G.N.), doctor Damián R. Muñoz.

1°) Que el remedio casatorio debe ser desechado, toda vez que más allá de que la defensa alega vicios en la motivación de la sentencia, del modo en que el impugnante ha deducido sus agravios sólo pone en evidencia su mera discrepancia con la forma en que correctamente el tribunal oral dentro del ámbito de sus facultades discrecionales y en el marco de la inmediación existente en el debate, valoró la totalidad de la prueba producida –especialmente, la testimonial– según los postulados de la sana crítica racional, dando por probados los hechos por los que se elevó

la causa a juicio y arribó a la calificación legal por la que fue condenado A. J. M.

Ello así, toda vez que el tribunal de grado ha valorado, en especial, el testimonio de cargo de Inés Karina Luzza (fs. 454/455), el que en el marco de la inmediación reinante en el juicio oral y público resultó coherente y creíble, no advirtiéndose a juicio del suscripto que la testigo tenga algún interés en perjudicar al encausado, como así tampoco se observan contradicciones en su relato que pongan de resalto que el hecho haya acontecido de modo diferente a como lo tuvo por probado el órgano colegiado sentenciante. Además, no puede soslayarse que fue la mencionada Luzza quien llamó al número de emergencias 911 y dio aviso al personal policial de lo ocurrido el día del hecho delictivo aquí pesquisado.

Es así, que Luzza declaró que encontrándose charlando con su vecina Giselle Morales, alias 'Gigi' oyó ruidos que creyó que eran petardos, seguidamente Giselle insultó a un tal A. y le dijo que eso era un tiro y que observó al tal A. con un arma de fuego en su mano apuntando hacia el piso. Que luego de lo ocurrido fue al departamento de su hija Lucía Belén Robalo quien le comentó que había visto todo lo acontecido por la ventana y le dijo que había sido un tal A. y que le había disparado a una persona en dos ocasiones. También declaró que fue en la Comisaría donde le informaron que el apellido de A. era M. Dicho testimonio resulta en un todo concordante con el relato realizado por el Subinspector Juan Pablo Bastiani y con el de la pareja del occiso, Mercedes Marcela Gómez a quien Luzza le contó los detalles del suceso que había presenciado. Dicha circunstancia, fue ratificada por ésta última al prestar declaración testimonial en el debate.

Por otra parte, el tribunal a quo desechó fundadamente las versiones de los hechos prestadas por Adriana Noemí Morales y Giselle Inés Morales –madre e hija– ya que son contrarias a las brindadas en sede instructoria y a mi entender sólo ponen de manifiesto un mero intento de

Cámara Federal de Casación Penal

mejorar la situación procesal de M. De la misma manera, se descartaron las declaraciones testimoniales de Enzo Martín Sosa y Axel Hugo Crisafio -amigos del condenado- debido a su incoherencia. De otra parte, a la testigo Lucía Belén Róbalo se la valoró negativamente debido a las contradicciones en que incurrió relativas a donde se encontraba al momento del hecho y por haber desautorizado los dichos de su madre Luzza, testigo esta última a la que el tribunal oral en el marco de la inmediación del juicio le creyó. De otra parte, Adriana Noemí Morales depuso por un lado que no conocía a M ni era su pariente y al concluir su testimonio en el juicio pidió autorización para saludar al imputado con un beso. También Giselle Inés Morales incurrió en serias contradicciones con lo declarado ante el Juzgado de Menores, a saber: "... en cuanto al conocimiento que tenía del imputado en autos, como sobre el horario en que se encontraba conversando con la vecina Inés y también a los epítetos que pronunciara en tal oportunidad..." (fs. 463).

Como consecuencia de todo lo reseñado en el párrafo que antecede, el tribunal de mérito ordenó la extracción de testimonios del acta de debate ante la posible comisión del delito previsto en el art. 275 del Código Penal, en el que podrían haber incurrido Lucía Belén Robalo, Adriana Noemí Morales, Giselle Inés Morales, Enzo Martín Sosa y Axel Hugo Crisafio.

Por otro lado, contrariamente a lo aseverado por la defensa oficial, en ningún momento el a quo sobre la base de la autopsia realizada en autos, afirmó que el primer disparo haya ingresado por la espalda del occiso, sino que Ibarra fue sorprendido por detrás y de costado, habiendo sido efectuado el segundo disparo desde atrás en la sien derecha cuando éste ya se encontraba tirado en el piso, en un total estado de indefensión que llevó al a quo a calificar al hecho como homicidio agravado con alevosía (cfr. autopsia glosada a fs. 139/148).

Así las cosas, a la luz del material probatorio arrimado a la causa no se advierte una violación al principio

del "favor rei" (art. 3 C.P.P.N.) y concordantemente una vulneración del principio de inocencia del encartado M. Es que, a mi entender la resolución cuenta con la certeza apodíctica requerida a una sentencia condenatoria.

2°) En relación a la aseveración defensiva según la cual se habría vulnerado en la decisión cuestionada el principio de congruencia, al haberse modificado la calificación legal achacada a su pupilo en la indagatoria, en el auto de procesamiento y en el requerimiento fiscal de elevación a juicio, cambiándola de homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego, en concurso real con el delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal (arts. 41 bis, 55, 79 y 189 bis, apartado 2, párrafo cuarto del Código Penal); por la de homicidio agravado por su comisión con alevosía y mediante la utilización de un arma de fuego en concurso real con portación ilegítima de arma de guerra (arts. 41 bis, 55, 80 inciso 2° y 189 bis, inciso 2°, cuarto párrafo, del Código Penal); estimo que debe ser rechazada.

Y así debe serlo, toda vez que el hecho imputado a M ha sido el mismo desde el comienzo de la causa y no puede verificarse una violación al principio de congruencia cuando no se produce una mutación esencial de la plataforma fáctica atribuida al encausado, circunstancia que claramente no se da en autos. Es por eso, que el mero cambio de calificación requerido por el Ministerio Público Fiscal en la figura del homicidio con alevosía (hecho N° 1), al que accedió el tribunal sentenciante no conlleva ninguna violación al derecho de defensa del imputado (art. 18 C.N.) y en consecuencia a una vulneración del principio de congruencia, ya que los hechos intimados a lo largo del proceso han sido en esencia los mismos. Es por eso, que -como señalé- el motivo esgrimido resulta manifiestamente improcedente.

3°) Que el homicidio agravado por alevosía del art. 80 inciso 2° del Código Penal, se configura cuando los medios, modos o formas- en la ejecución del hecho tiendan directa y especialmente a asegurar el homicidio sin riesgo

Cámara Federal de Casación Penal

para el autor.

Desde un punto de vista objetivo "...es necesario que la víctima se encuentre en un estado de indefensión que le impida oponer una resistencia que se transforme en un riesgo para el agente... La indefensión puede proceder de la inadvertencia de la víctima o de los terceros respecto del ataque; y puede haber sido procurada por el autor o simplemente aprovechada por él...".

Subjetivamente el tipo penal requiere "...que el autor obre sobre seguro, esto es, sin el riesgo que puede significar la reacción de la víctima o de terceros con el fin de oponerse a la agresión. Es decir, que debe darse "...una preordenación de la actividad del agente para actuar con esa seguridad, es decir, la procuración o el aprovechamiento del estado de indefensión, lo cual no implica necesariamente una premeditación (serena y fría deliberación)..." (cfr. D'Alessio, Andrés José, "Código Penal de la Nación-comentado y ordenado", 2 da edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2011, págs.15/16).

Sentado cuanto precede, cabe responder que con sujeción a la plataforma fáctica fijada por el tribunal de mérito, la cual comparto, se dan en el caso de autos tanto el estado de indefensión (aspecto objetivo), como el ánimo subjetivo de aprovecharse de la indefensión en que se encontraba la víctima, elementos estos requeridos por la figura en análisis.

Debe recordarse, que según lo tuvo por probado el tribunal sentenciante M. efectuó un primer disparo al occiso Ibarra desde atrás y de costado y el segundo disparo se lo realizó por detrás en la sien derecha desde una corta distancia cuando ya se encontraba tirado en el piso.

4°) Que el art. 41 bis establece que "...Cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiera con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego la escala penal prevista para el delito de que se trate se elevará en un tercio en su mínimo y en su máximo, sin que ésta pueda exceder el máximo legal de

la especie de pena que corresponda.

Esta agravante no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate... –el subrayado es mío–

A la luz de lo establecido en la norma, al agravio dirigido a cuestionar la aplicación de la agravante del art. 41 bis al homicidio por alevosía, cuadra contestar que el tipo penal del art. 80 inciso 2° del código sustantivo no contempla como modo de comisión el uso de arma de fuego, por lo que, la subsunción efectuada no implica una doble desvaloración violatoria del principio “ne bis in ídem” (cfr. art. 41 bis, segundo párrafo, del C.P.). Asimismo, cabe resaltar que en este caso la acción delictual se llevó a cabo con violencia en las personas, tal como literalmente lo requiere la normativa en cuestión.

5°) Que la defensa oficial también critica la relación concursal entre las dos figuras en juego (homicidio agravado por alevosía y portación ilegítima de arma de guerra), es dable responder que desde mi personal perspectiva el tribunal a quo acertadamente ha entendido que estamos en presencia de dos hechos física y jurídicamente separables e independientes, lo que necesariamente conlleva a que se verifique un caso de concurso real (art. 55 C.P.).

De otra parte, tampoco puede esgrimirse que se configura un concurso aparente entre los tipos penales supra referidos, en razón de que no se da ninguna de las relaciones que permiten que dicha construcción dogmática se configure, a saber: alternatividad, especialidad, subsidiariedad y consunción.

Y así lo postulo, en tanto como quedó debidamente probado en el juicio con sujeción a las reglas de la sana crítica racional que la portación ilegítima del arma de guerra fue anterior y posterior al homicidio de Diego Martín Ibarra, por lo cual ello sólo permite que se dé un concurso real (art. 55 C.P.).

6°) Por último respecto a la presunta violación del

Cámara Federal de Casación Penal

corpus iuris aplicable al derecho penal de los menores corresponde señalar que no resulta tal. Es que, no puede perderse de vista que siguiendo los estándares que surgen del precedente "Maldonado" de la Corte Suprema el tribunal oral le aplicó a M. la pena de 10 años de prisión utilizando el mecanismo facultativo de la reducción de la punición de acuerdo a las reglas de la tentativa (arts. 44, 55 y 80 inc. 2° del C.P.). Ello surge de haberle aplicado en abstracto al encartado la pena de prisión perpetua, la cual por aplicación de las reglas del conato conlleva una escala penal de 10 a 25 años de prisión (cfr. art. 44, tercer párrafo, del Código Penal). Es así, que motivadamente el a quo teniendo presente la inmadurez emocional y afectiva que por su edad necesariamente presentaba M. al momento del hecho, le impuso una sanción penal significativamente menor a la que le hubiere correspondido de habersele aplicado la pena correspondiente al delito consumado (reclusión o prisión perpetua). De ello, cabe colegir que el tribunal de grado actuó teniendo en cuenta el objetivo último de la resocialización del imputado y no un fin meramente retributivo, el cual se encuentra prohibido constitucional y convencionalmente (arts. 18 de la Constitución Nacional y 40.1 de la Convención de los Derechos del Niño).

Como colofón, resulta necesario destacar que entiendo que la resolución atacada constituye una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias de la causa, por lo que debe descartarse la existencia de un caso de arbitrariedad, tal como lo viene sosteniendo desde antaño en forma inveterada nuestra Corte Federal.

Por todo lo expuesto, propicio al Acuerdo:
I. RECHAZAR los recursos de casación deducidos a fs. 474/483 por la señora Defensora Pública de Menores e Incapaces, doctora María Luz de Fazio y por el señor Defensor Auxiliar de la Defensoría General de la Nación, doctor Damián R. Muñoz a fs. 484/497 vta., **SIN COSTAS** (arts. 470 y 471 "a contrario sensu", 530 y 531 -último párrafo- del C.P.P.N.), **II. TENER PRESENTE** la reserva del caso federal efectuada por ambos

recurrentes (art. 14 de la ley 48).

Tal es mi voto.

El **señor Juez Gustavo M. Hornos** dijo:

I. Llegan las presentes actuaciones a estudio de este Tribunal en virtud de los recursos interpuestos por la señora Defensora Pública de Menores e Incapaces, doctora María Luz de Fazio y el señor Defensor Auxiliar doctor Damián R. Muñoz, ambos asistiendo a A. J. M. Plantean en síntesis los señores defensores: a) la arbitraria valoración de la prueba b) la violación al principio de congruencia por haber condenado a su pupilo por la agravante de Alevosia y subsidiariamente: c) Errónea aplicación de la ley sustantiva en relación a la agravante de alevosía, a la agravante genérica del art. 41 bis del C.P. y de la figura de portación de arma de guerra. d) Errónea aplicación de las previsiones del art. 4 de la ley 22.2782 a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño y arbitraria fundamentación en cuanto no se aplicó a M. la solución absolutoria prevista por la norma citada.

II. En primer lugar corresponde dar tratamiento a los agravios del señor Defensor Oficial relativos a la arbitraria valoración de la prueba.

En cuanto a este punto comparto las consideraciones vertidas en el punto j).1) del voto del doctor Juan Carlos Gemignani en relación a que el tribunal valoró conforme las reglas de la sana critica las pruebas incorporadas a la causa para concluir que el día 23 de diciembre de 2010 alrededor de las 13:30 hs, A. M. se acercó a Diego Ibarra y desde un costado le efectuó un disparo con una pistola calibre 45 ACP (11.25 mm) a la altura de la cara inferior del hemitorax derecho, lo cual provocó la caída de la víctima y en definitiva su estado de absoluta indefensión, que luego a escasa distancia le efectuó un segundo disparo que impactó en la cien derecha, ocasionándole la muerte en forma inmediata. Asimismo se comprobó que antes, durante y después de ello M. portó dicha arma en condiciones de ser disparada y sin la debida autorización legal.

Cámara Federal de Casación Penal

Tuvo en cuenta el tribunal el testimonio de Inés Luzzi quien presencié lo sucedido, y llamó al 911, poniendo de manifiesto que su declaración resulta coherente y sostenida en el tiempo, además de haber sido ratificada por el resto de las pruebas de cargo. Valoró también el a quo lo declarado por el subinspector Bestiani y el testimonio de Mercedes Gómez, pareja del fallecido quien escuchó lo manifestado por Luzzi en el trayecto a la dependencia policial y lo corroboró en el debate.

Descartó además el tribunal fundadamente las versiones brindadas en el juicio por Robledo y Morales por haberse desdecido de sus propias versiones brindadas ante la instrucción, así como también, las de Sosa y Crisafio por haber incurrido en numerosas contradicciones.

En base a ello concluyó el tribunal que correspondía atribuir responsabilidad a M. por el hecho enrostrado.

Las objeciones de la defensa, se reducen a una valoración distinta de los elementos probatorios tenidos en cuenta en la sentencia, sin que ello alcance para acreditar su errada fundamentación.

III. Sin embargo, entiendo que el Tribunal ha aplicado de manera errónea la agravante de la alevosía, prevista en el inciso 2 del art. 80 del C.P.

Conviene en primer lugar recordar que tal como ha sostenido reiteradamente en esta Sala IV (causa n° 189, "MEDINA, Carlos A. s/recurso de casación", Reg. n°370, rta. el 14/8/95 y causa n°1233, "GIMENEZ, Javier Alejandro s/recurso de casación", Reg. n° 1893, rta. el 11/6/99; entre varios otros), la congruencia exigida entre la acusación y la sentencia por el art. 399 del C.P.P.N., impone que en resguardo de la defensa en juicio del imputado -art. 18 de la C.N.- la base fáctica descripta en el libelo acusatorio sea mudada sin variaciones sustanciales a la sentencia (el mismo concepto fue mantenido por nuestro Máximo Tribunal; Fallos: 242:227; 246:357; 302:328; 298:308, entre muchos otros). El principio es claro en su inspiración, toda vez que tiende a

garantizar el contradictorio, al impedir que pueda cambiarse el thema decidendum acerca del cual las partes han sido llamadas a exponer sus razones y el juez, a decidir.

Asimismo, y en resguardo del debido proceso y de la defensa en juicio, debe habersele dado al imputado, en consecuencia, la debida oportunidad de defenderse acerca de ese hecho; lo cual implica, claro está, que haya sido informado a su respecto al momento de prestar declaración indagatoria, y que se haya requerido la elevación a juicio del suceso investigado, una vez que éste adquirió una configuración determinada.

No obstante esta exigencia de determinación, no puede olvidarse que la instrucción tiende a decidir y precisar la imputación, que durante su desenvolvimiento es fluida y puede experimentar modificaciones y precisiones. Sobre dicha hipótesis fáctica sometida al órgano jurisdiccional como base del juicio, incidirá todo el examen ulterior: la defensa del imputado, la prueba, la discusión y la decisión definitiva del tribunal. Y entonces, la concreta acusación así delimitada, se presentará como el eje rector del juicio que habrá de sustanciarse, y que manifiesta la voluntad del titular de la acción pública de perseguir penalmente al imputado, permitiéndole a éste conocer la entidad de los cargos que se le formulan y proveer en consecuencia a su defensa material.

Conviene delinear algunas precisiones más en torno a la sustancialidad de ese relato, que habrá de mantenerse en forma congruente durante todo el proceso, y para ello es importante recordar el criterio que al respecto sustentó el Máximo Tribunal local en los precedentes "SANTILLÁN, Francisco Agustín s/recurso de casación", rta. el 13/08/98 (Fallos: 321:2021) y "DEL'OLIO, Edgardo Luis y DEL'OLIO, Juan Carlos s/defraudación por administración fraudulenta" (Causa D. 45. XLI, Recurso de Hecho, rta. el 11/07/06).

Allí, más allá de las cuestiones que giraban en torno al carácter público o privado de la acusación, se plasmó con claridad la doctrina según la cual la acusación,

Cámara Federal de Casación Penal

como forma sustancial de todo proceso penal, se integraba con dos actos sucesivos y complementarios: el requerimiento de elevación a juicio y el alegato final en el debate (arts. 347 y 393 del C.P.P.N., respectivamente). Tal requisito regía en salvaguarda de la defensa en juicio del justiciable, sin que tuviera otro alcance que el de dotar de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base el legislador estaba sujeto a reglamentar el proceso criminal.

De tal premisa debía seguirse que, con el primero de los actos en cuestión, el acusador delimitaba el objeto de imputación sometido a debate, mientras que con el segundo, podía a su vez recortarlo en su alcance, en función de la valoración que se hiciera de la prueba producida durante el juicio.

Es que el artículo 347 del C.P.P.N. establece expresamente que el requerimiento de elevación a juicio deberá contener, bajo pena de nulidad, los datos personales del imputado, una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos, su calificación legal y una exposición sucinta de los motivos en que se funda.

El juicio penal tiene su base y su límite en el requerimiento de elevación a juicio que constituye el eje sobre el que se desarrollará el debate. La hipótesis del hecho contenida en la acusación circunscribe la actividad de todos los sujetos del proceso: defensa del imputado, prueba, y decisión definitiva del tribunal, es por ello que debe contener la mención detallada de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que la conducta del imputado se exteriorizó.

Bajo estos lineamientos, habré de analizar el caso de autos:

Al requerir la elevación de la causa a juicio el señor Fiscal, definió los hechos relatando que *"el día 23 de diciembre de 2010, alrededor de las 13:30, frente al inmueble sito en el N°1542 de la Avenida San Pedrito de esta ciudad, el arriba nombrado dio muerte a Diego Martín Ibarra mediante*

dos disparos de arma de fuego.

En efecto, en la fecha y hora indicadas, mientras Ibarra caminaba por la vereda, el encartado se le acercó por detrás y, sin mediar palabra, le efectuó un disparo con una pistola cal. 11, 23 mm a la altura del tórax, lo que provocó la caída de la víctima, luego de lo cual M. se aproximó, accionó la corredera del arma y gritando "por hijo de puta" efectuó un segundo disparo que impactó a la altura de la sien derecha de Ibarra, provocándole así lesiones internas y externas de entidad tal que le ocasionaron la muerte en forma inmediata luego de lo cual se alejó a la carrera del lugar.

Minutos después, personal policial que fuera alertado de lo sucedido arribó al lugar, y luego de solicitar la colaboración del SAME y de la unidad Criminalística Móvil PFA, secuestró a unos tres metros del cuerpo del damnificado una vaina servida percutida con la inscripción '45 AUTO CBC' en su culote. Seguidamente, personal médico del SAME certificó el deceso de Ibarra, y la médica legista Ana Spinetti extrajo del mentón del nombrado un plomo que fue incautado por el personal policial" y los calificó como constitutivos del delito de homicidio agravado por la utilización de arma de fuego (arts. 41 bis, 45 y 79 del C.P), en concurso material con el de portación ilegítima de arma de guerra (art. 189 bis ap. 2, párrafo 4º del C.P.)-(fs. 302/307).

Ahora bien, en los alegatos el señora Fiscal sostuvo que "...debe declarárselo penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma (art. 41 bis del C.P.), agravado asimismo por el art. 80, inciso 2, del C.P.) esto es alevosía. Ambos disparos fueron realizados desde atrás cuando la víctima iba caminando. Primero recibió un disparo en su parte posterior y luego, ya caído, recibió un nuevo disparo en la cabeza que se alojó en el maxilar. En esa dirección debe señalarse la declaración del médico legista Iañó, quien detalló que no hubo defensa por parte de la víctima. Ello también se desprende de la propia declaración de Luzza en cuanto a la forma que se produjeron

Cámara Federal de Casación Penal

los disparos. La jurisprudencia y la doctrina son contestes en cuanto al obrar sobre el seguro del autor sin posibilidad de defensa del damnificado. A su vez el delito de homicidio se encuentra agravado por la portación de arma de guerra sin la debida autorización en concurso material por tratarse de hechos independientes, la que portara con anterioridad al suceso y de acuerdo al calibre de los proyectiles recuperados."

Finalmente en la sentencia se lo condenó por resultar autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado con su comisión con alevosía y mediante la utilización de arma de fuego en concurso real con portación ilegítima de arma de fuego.

Ahora bien, de lo dicho hasta aquí surge que en el requerimiento de elevación el señor fiscal calificó el hecho como homicidio agravado por el uso de arma en concurso real con la portación ilegítima de arma de guerra. Por su parte en los alegatos la señora Fiscal solicitó se condene a M. como autor del delito de homicidio agravado por alevosía y por el uso de arma en concurso con la portación ilegítima de arma de guerra. Es decir que durante los alegatos la señora Fiscal agregó a la acusación la agravante de la alevosía que no estaba contemplada en la acusación que se le venía imputando a M. a lo largo del proceso. En tanto, como ya dijera, había sido traído a juicio por el delito de homicidio agravado sólo por el uso de arma en concurso con portación ilegítima de arma de guerra.

En cuanto a ello cabe tener en cuenta que la agravante en cuestión requiere la exigencia típica en el ánimo del autor de aprovecharse de la indefensión de la víctima -lo que constituye un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo-, pues la sola existencia de la indefensión de la víctima no basta para que el tipo penal se configure.

De la descripción de los hechos transcrita ut supra surge que este elemento subjetivo del tipo consistente en el aprovechamiento por parte de M. de la indefensión de Diego Martín Ibarra al efectuar el segundo disparo no estaba

incluido en la plataforma fáctica por la cual fue traído a juicio, ni tampoco ha sido descripta por el señor Fiscal en los alegatos. Repárese en que el representante del Ministerio Público solamente hace referencia a la indefensión de la víctima para fundar la agravante pero no al aprovechamiento de tal situación por parte de M.

La atribución de la alevosía ha afectado, a mi entender, el principio de congruencia e implicado una violación al derecho de defensa en juicio del acusado pues recién al momento de finalizar el alegato fiscal pudo conocer, de manera imprevista la nueva circunstancias que le atribuyó esa parte, debiendo afrontar repentinamente la tarea de sostener o desechar la configuración de la mencionada agravante, la que, por otra parte, como ya dijera, tampoco surge de la descripción de los hechos realizada por la Fiscal en los alegatos.

En otras palabras, a partir de la imputación contenida en el requerimiento de elevación a juicio M. basó su defensa respecto del homicidio agravado por el uso de arma en concurso con la portación ilegítima de arma de guerra y se vio sorprendido al momento del alegato final con la nueva imputación de la agravante de la alevosía, aspecto éste sobre los cuales no tuvo oportunidad de ejercer válidamente su defensa.

Es que, como ya dijera la acusación se integra con los dos actos, el requerimiento de elevación a juicio en donde el acusador delimita el objeto de imputación -base del juicio, sobre la cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva- y en la oportunidad del 393 del C.P.P.N, al alegar, momento en el cual podrá circunscribirlo, teniendo en cuenta la valoración de la prueba que se produjo durante el juicio pero no ampliar la imputación contenida en el requerimiento, salvo los casos expresamente previstos en el art. 381 del código de rito, y con las formalidades que allí se detallan.

De lo dicho hasta aquí hasta aquí, se desprende que el tribunal estaba habilitado a condenar a M. por el

Cámara Federal de Casación Penal

homicidio agravado por el uso de arma en concurso con la portación ilegítima de arma de guerra, en tanto como ya dijera, la agravante de la alevosía no estaba contenida en el requerimiento de elevación a juicio, lo que así habré de proponer.

IV. Con relación a la agravante del artículo 41 bis cuya aplicación cuestiona la defensa, comparto las consideraciones efectuadas en el voto que lidera el acuerdo en cuanto propone el rechazo de este agravio en tanto la figura del homicidio no contempla como modo de comisión el uso de arma de fuego.

V. Asimismo habré de acompañar la solución propuesta por el doctor Gemignani en cuanto rechaza el planteo relativo a la relación concursal entre el homicidio y la portación de arma de guerra. Ello así pues conforme las probanzas arrojadas al proceso quedó acreditado que M. llevo consigo el arma al momento de dispararle a Ibarra y no la abandonó al retirarse del lugar. Ello permite concluir que la portación del arma excedió el tiempo insumido por el homicidio por lo que estamos en presencia de dos hechos separables e independientes que deben concurrir conforme las reglas del art. 55 del C.P.

VI. Finalmente resta analizar el recurso de la Defensa Oficial así como el de la señora Defensora Pública de Menores e Incapaces, en cuanto cuestionan la arbitraria fundamentación de la resolución porque no se aplicó a M. la absolución prevista en el art. 4 de la ley 22.278.

Al respecto ya he tenido oportunidad de señalar que el artículo 4 de la ley 22.278 establece los requisitos a los que quedará supeditada la imposición de pena respecto del menor de entre 16 y 18 años de edad que hubiere incurrido en delito: la declaración previa de su responsabilidad penal y en su caso civil, conforme a las normas procesales; que haya cumplido 18 años; y que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad. Y faculta al juez a aplicarle una sanción, aún reducida en la forma prevista para

la tentativa, con la condición de que ésta deviniere necesaria según las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez. De lo contrario podrá absolverlo.

Esta necesidad de pena (en su caso, la aplicación de la escala reducida prevista para la tentativa), orientada preponderantemente por los fines de resocialización del menor, es lo que debe fundar el juez, pero ello no implica, en modo alguno, que la posibilidad que, en definitiva, la ley le otorga: de aplicación de una pena reducida o la no imposición de la pena, pueda ser interpretada como una regla que determine que la pena máxima a imponer a los menores sea la contenida en el artículo 44 del C.P. (Cfr.: causa Nro. 5471: "LUZARDO, Walter Fabián s/ recurso de casación" Reg. Nro. 7629, rta. el 7/7/06).

En dicho precedente se sostuvo que "clara es la ley al respecto, cuando señala que si fuese necesario aplicarle una sanción al menor, se la podrá (pudiendo...) reducir en la forma prevista para la tentativa. Y el reconocimiento de esa prerrogativa facultativa al magistrado competente, implica su consiguiente obligación de fundamentar en cada caso particular qué medida resulta más conveniente adoptar en aras de la resocialización del menor...".

Lo expuesto concuerda con lo que sostuvo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Fallo "Maldonado", en cuanto a que la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de 'resocialización'..." (Considerando 22); y que el artículo 4 de la ley minoril, a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño conduce a la regla de que es la aplicación de la pena máxima lo que exige a quien la propone una razón suficiente, debido a la minoría de edad del autor al momento del hecho, pero no que la escala prevista para el delito consumado, o cometido en

Cámara Federal de Casación Penal

grado de conato, no le sea aplicable, pues en ese caso se estaría anulando el texto legal.

Ahora bien, en lo que a la necesidad de pena respecta, a la luz de los parámetros expuestos, entiendo que la imposición de pena no resulta arbitraria.

En efecto consideró el Tribunal las características de los hechos por los que fuera declarado penalmente responsable, como así también el resultado del tratamiento tutelar dispensado. Que en lo que hace específicamente a la decisión de imponer una pena, se justifica tal decisión pues una de sus conductas tuvo como consecuencia el despojo del bien máspreciado que a un ser corresponde, como es la vida. Asimismo sostuvo que la necesidad de aplicar sanción se fundamenta pura y exclusivamente en un fin netamente re socializador y educativo del menor, debiendo guardar proporción en cada caso concreto, tanto con el hecho como con la posibilidad de cumplir con esos objetivos dentro del plazo establecido.

Valoró que al momento de los hechos no había alcanzado el nivel de pleno desarrollo evolutivo psicofísico, más allá de la incipiente superación que se va vislumbrando en el último tiempo de privación de su libertad. Ello, aunado a la regular impresión que causara en la audiencia, llevó al tribunal a concluir que correspondía imponerle pena a A. J. M., no resultando ello contradictorio ni carente de fundamentación.

Asimismo entendió el *a quo* que en tanto al momento de la comisión de los hechos el joven no había alcanzado un nivel de maduración que le permitiera comprender acabadamente el alcance de sus actos -igual que un adulto-, correspondía aplicarle la reducción prevista en el art. 4 de la ley 22.278 en concordancia con la ley 23.849. Así tuvo en cuenta en su contra "la participación que le cupo en los ilícitos, sobre todo el rol protagónico ejercido, las graves características de los delitos perpetrados y la violencia desplegada. Consideró a su favor su corta edad, su nivel de escolarización, el medio social del que proviene, el

comportamiento que registra en su lugar de alojamiento y las circunstancias personales que surgen del expediente tutelar.

En definitiva, y de conformidad con lo antes expuesto estimo en que el fallo, en este aspecto, no exhibe las falencias que la recurrente le atribuye pues ha sido dictado de conformidad con las pautas previstas en la ley minoril y en consonancia con los principios que rigen la materia en plano del derecho supranacional, valorando circunstancias que hacen a la naturaleza del hecho como a la personalidad de M. Por ello, entiendo que los señores Magistrados brindaron las razones por las que consideraron que no correspondía absolver al imputado y sí aplicarle la reducción prevista en la ley minoril.

Es que, la arbitrariedad por su carácter excepcional sólo procede ante pronunciamientos que signifiquen un apartamiento inequívoco de la solución prevista para el caso, o una decisiva ausencia de fundamentación. En el sub judice los fundamentos que fueran válidamente expuestos en la sentencia a los fines de imponerle la pena a A. J. M. han sido suficientes a los fines de sustentar tal decisión.

IV. Ahora bien, corresponde adecuar la pena a la nueva calificación propuesta en el acápite III de este voto - homicidio agravado por haber sido cometido mediante la utilización de un arma de fuego en concurso real con portación ilegítima de arma de guerra- y de conformidad con los arts. 40 y 41 del C.P. y la facultad otorgada por el 44 del C.P y el art. 4 de la ley 22.278.

Por ello y teniendo en cuenta las pautas consideradas por el *a quo*, específicamente las graves características de los delitos perpetrados, que los disparos fueron realizados desde atrás y que el segundo disparo fue realizado cuando la víctima se encontraba indefensa tirada en el suelo, entiendo que corresponde sancionar a M. con la pena de nueve años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas.

V. voto en definitiva por: a) hacer lugar

Cámara Federal de Casación Penal

parcialmente al recurso de casación interpuesto por el señor Defensor Oficial casar la sentencia recurrida y declarar a A. J. M. responsable del delito de homicidio agravado por haber sido cometido mediante la utilización de un arma de fuego en concurso real con portación ilegítima de arma de guerra (arts, 41 bis 45, 55, 79 189 bis, inc. 2, cuarto párrafo, del C.P) y condenarlo a la pena de nueve años de prisión accesorias legales y costas. b) Rechazar los recursos interpuestos en lo relativo a los restantes agravios, sin costas (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.). c) No hacer lugar al recurso interpuesto por la señora Defensora Pública de Menores e incapaces, sin costas (art. 530 y 531 del C.P.P.N.).

El **señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky** dijo:

I. En primer lugar, la Defensa Pública Oficial de A. J. M. postuló la arbitrariedad en la valoración probatoria de la sentencia puesta en crisis en cuanto determinó la intervención de A. J. M. en el homicidio de Diego Martín Ibarra.

En dichas condiciones, corresponde determinar si, en este aspecto, la sentencia traída a revisión constituye un acto jurisdiccional válido derivado del análisis lógico y razonado de las constancias allegadas a la causa en observancia al principio de la sana crítica racional (art. 398 del C.P.P.N.) o, por el contrario, si se representa como una conclusión desprovista de fundamentación o con motivación insuficiente o contradictoria (art. 404, inc. 2, del C.P.P.N.), tal como afirma la defensa.

A dichos fines, cabe recordar que el tribunal "a quo" tuvo por probado la intervención de A. J. M. en el hecho atribuido consistente en haber dado muerte a Diego Martín Ibarra *"el día 23 de diciembre de 2010, alrededor de la hora 13,30 en la pasarela trazada frente al edificio signado catastralmente en la avenida San Pedrito 1542, la que se extiende en igual dirección, a los bloques edilicios ubicados a ambos lados del antes referido"* (fs. 462).

Para así concluir, los sentenciantes ponderaron el

testimonio oído en el debate de Inés Karina Luzza respecto del cual resaltaron que resulta ser "un relato coherente y sin contradicciones sobre la mecánica del suceso, sostenido en el tiempo y sin que pueda avizorarse interés alguno en perjudicar al encausado. Sino por el contrario, esa situación le ha traído serios problemas, no obstante lo cual ratificó en un todo lo volcado oportunamente durante la investigación" (fs. 462).

La testigo nombrada dio cuenta que, dialogando "con Giselle Inés Morales, conocida como 'Gigi' (...) escuchó ruidos, creyendo que se trataba de petardos.

Es entonces que su interlocutora comenzó a gritar insultando a un tal A. Dijo que eso era un tiro. Miró hacia la derecha y vio a un chico que tenía un arma en su mano. Ella estaba en unos bancos de material frente a la última entrada del complejo de edificios sobre San Pedrito (...) A esa persona no la vio correr, lo vio parado con el arma en la mano y apuntando al piso, no sabía que en el piso había un chico tirado, después me entero de ello. Ella estaba asustada y nerviosa y atinó a llamar al 911."

Conforme lo resaltó el "a quo" en el pronunciamiento recurrido, Inés Karina Luzza puntualizó que "escuchó dos disparos. A continuación del primero y cuando se [dio] vuelta, vio al chico parado y que éste volvió a disparar hacia el piso" (fs. 462 vta.).

Por otro lado, al ponderar el testimonio de la testigo, los sentenciantes destacaron que "el nombre con que fuera indentificado el sujeto que [disparó], le fue reiterado por su hija Lucía Belén Robalo (...) cuando la joven atinó a decirle "que lo había visto desde allí. Su hija le dijo que había sido A. y que le había pegado dos tiros a ese chico. Su hija estaba con la ventana cerrada en su departamento, dijo que lo conocía del barrio y vio que le disparó, que lo hizo dos veces (...)." (fs. 462 vta./463).

Por último, el "a quo" tuvo en cuenta que Luzza "explicó los pormenores del suceso que había presenciado" (fs. 463) a Mercedes Marcela Gómez, pareja del occiso, al ser

Cámara Federal de Casación Penal

conducidas a la comisaría. Asimismo, los sentenciantes puntualizaron que dicho evento fue ratificado por Gómez en el debate (cfr. fs. 463).

En cuanto a la errónea valoración de los restantes testimonios oídos durante el debate, cabe destacar que el tribunal de juicio descartó fundadamente la versión brindada por Giselle Inés Morales pues incurrió en "serias contradicciones con respecto al testimonio que brindara en el Juzgado de Menores", contradicciones que precisó en el pronunciamiento impugnado (cfr. fs. 463). Asimismo, al valorar el testimonio de Lucía Belén Robalo (hija de Inés Karina Luzza), el "a quo" destacó que "[n]egó sin suerte la versión (...) que le atribuyera su progenitora, aduciendo que ésta siempre la involucraba en problemas. Fue contradictoria sobre las secuencias que dijo haber presenciado ya que por un lado sostuvo que, estando en su habitación escuchó gritos, se asomó y vio una persona muerta, aunque no tuvo la misma sensibilidad auditiva para detectar el sonido de dos disparos.

Posteriormente, [refirió] que quien estaba en la habitación del frente, identificada en la fotografía de fs. 385, en la parte inferior con la letra "E", era su hermano Iván, en tanto la declarante se encontraba en la habitación que da al cementerio. Desde tal ubicación resulta imposible divisar el frente del edificio, donde según su testimonio estaban su madre y Gigi." (fs. 463 vta./464).

A partir de lo expuesto, el tribunal de juicio concluyó que "no (...) ha quedado duda alguna, que Inés Karina Luzza, se ha pronunciado con total veracidad sobre lo visto y oído, cuando se encontraba con Giselle Inés Morales, quien identificó al sujeto que disparaba por segunda vez, y por eso el reclamo airado al autor, identificándolo como 'A.'.

La prontitud del llamado al número de emergencias 911 por parte de Luzza, y el testimonio que de ésta lograra el Subinspector Juan Pablo Bastiani, a poco de haber sucedido el episodio traído a juicio, oportunidad en que la primera hizo puntual referencia a lo sucedido, presenciado por ella y

Giselle Inés Morales, e inmediatamente confirmado por los dichos de Lucía Belén Robalo a su madre, permiten encadenar la trama del evento, para arribar a la conclusión adelantada” (fs. 464).

En síntesis, los magistrados de la anterior instancia concluyeron que los testimonios brindados durante el debate por parte de Morales y Robalo “estuvieron direccionados a mejorar la comprometida situación procesal de M. Se han desdicho de testimonios logrados en sede instructoria (...) la versión intentada en el transcurso del plenario, sólo resulta atendible por amistad, interés o por miedo a represalias, ya que son vecinas del lugar y tienen con el encausado y su grupo, un trato relativamente frecuente” (fs. 465/465 vta.).

Con relación a los dichos de Enzo Martín Sosa y Axel Hugo Crisafio, los sentenciantes destacaron que son amigos del imputado y que, además, incurrieron en “vaguedades e incoherencias (...) entre las que se pueden contar las diferencias horarias de arribo, permanencia y forma en que se [enteraron] de lo ocurrido, contraponiéndose con los dichos, en el caso del primero de los nombrados, con la ex mujer de su hermano, Víctor Hugo Sosa” (fs. 465 vta.).

En función de la prueba analizada, el “a quo” concluyó que “queda por completo descartada la versión exculpatoria que formulara el encausado en el legítimo ejercicio de su derecho de defensa en juicio” (fs. 465 vta.).

En virtud de la valoración probatoria efectuada por el tribunal de juicio, no puede tener favorable acogida la aplicación del principio *in dubio pro reo* (art. 3 del C.P.P.N.) que postula la defensa en su presentación. En efecto, las críticas esbozadas por el impugnante no han logrado conmover la fundamentación efectuada en el fallo impugnado respecto de la materialidad ilícita y la participación del imputado en el evento.

En definitiva, en este aspecto, el pronunciamiento bajo revisión luce como una derivación lógica y razonada de las constancias de la causa y como consecuencia de una

Cámara Federal de Casación Penal

aplicación del derecho vigente al caso concreto, sin que las críticas logren demostrar, en cuanto a este aspecto, la arbitrariedad que alega (arts. 3, 123, 398, 404, inc. 2 y 471 –todos a contrario sensu– del C.P.P.N.).

Por ello, corresponde rechazar la arbitrariedad invocada por el Defensor Público Oficial en su recurso de casación bajo tratamiento.

II. En otro orden de ideas, el defensor de A. J. M. postula que el pronunciamiento impugnado, en tanto condenó a su asistido por encontrarlo penalmente responsable del delito de homicidio agravado por alevosía (art. 80 inc. 2 del C.P.) –hecho I–, vulneró el principio de congruencia en tanto dicha dicha agravante del delito de homicidio fue incorporada en el alegato fiscal (art. 393 del C.P.P.N.).

En primer lugar, corresponde destacar que no se verifica vulneración al principio de congruencia en aquellos casos en que, del análisis de las actuaciones, se desprende que los sucesos que le fueran enrostrados al imputado desde el inicio de las actuaciones son los mismos que los contenidos en el requerimiento fiscal de elevación a juicio y en los alegatos, de manera tal que la plataforma fáctica se mantiene inalterada (cfr. votos del suscripto, en lo pertinente y aplicable, causas "Alonso, José Luis y otros s/recurso de casación", causa N° 12753, reg. N° 697.4, rta. el 7/5/2012; "Doval, Luis y Lluch, Daniel Alberto s/ recurso de casación", causa N° 15.371, reg. 1812, rta. 25/9/2013 y "PALOMBO, Rodolfo Oscar y otros s/ recurso de casación", causa N° 15.148, reg. N° 191/14, rta. 26/02/2014, todas de esta Sala IV de la C.F.C.P.).

A fin de determinar si dichos extremos se acreditaron en el *sub lite*, cabe precisar que, en la declaración indagatoria se le atribuyó a A. J. M. el hecho I consistente en que, el día 23 de diciembre de 2010, aproximadamente a las 13:30 horas aproximadamente, frente al N° 1542 de San Pedrito de esta ciudad "en ocasión en que el nombrado Ibarra caminaba por la vereda, por detrás se le acercó el imputado y sin mediar palabra alguna le efectuó un

disparo con una pistola calibre 11.25 mm a la altura del tórax, lo que ocasionó que el damnificado cayera al suelo. De inmediato el compareciente se acercó a la víctima, accionó la corredera del arma que portaba y gritando ´por hijo de puta´ (sic) le efectuó un segundo disparo a la cabeza del caído, más precisamente a la altura de la sien del lado derecho, lesiones que le ocasionaron el deceso en forma inmediata; luego de lo cual el agresor se fue a la carrera” (fs. 151 vta.).

En el requerimiento de elevación a juicio fiscal se le atribuyó a A. J. M. el hecho I cuya descripción fue detallada en términos similares (cfr. fs. 302/307). Ello toda vez que en dicha oportunidad se le imputó el hecho acaecido “el día 23 de diciembre de 2010, alrededor de las 13:30, frente al inmueble sito en el N° 1542 de la Avenida San Pedrito de esta ciudad, el arriba nombrado dio muerte a Diego Martín Ibarra mediante dos disparos de arma de fuego.

[E]n la fecha y hora indicadas, mientras Ibarra caminaba por la vereda, el encartado se le acercó por detrás y, sin mediar palabra, le efectuó un disparo con una pistola cal. 11,23 mm a la altura del tórax, lo cual provocó la caída de la víctima, luego de lo cual M. se aproximó, accionó la corredera del arma y gritando ´por hijo de puta´ [sic] efectuó un segundo disparo que impactó a la altura de la sien derecha de Ibarra, provocándole así lesiones internas y externas de entidad tal que le ocasionaron la muerte en forma inmediata luego de lo cual se alejó a la carrera del lugar” (fs. 302 vta.).

En la oportunidad prevista por el art. 393 del C.P.P.N. la señora Fiscal, subsumió jurídicamente el hecho imputado a J. A. M. en el tipo penal previsto por el art. 80 inc. 2 del C.P. En su alegato puntualizó que “[p]rimero recibió un disparo en su parte posterior y luego, ya caído, recibió un nuevo disparo en la cabeza que se alojó en el maxilar. En esa dirección debe mencionarse la declaración del médico legista Iañó, quien detalló que no hubo defensa por parte de la víctima. Ello también se desprende de la propia

Cámara Federal de Casación Penal

declaración de Luzza en cuanto a la forma en que se produjeron los disparos. La jurisprudencia y la doctrina son contestes en cuanto al obrar sobre seguro del autor sin posibilidad de defensa por parte del damnificado. Esta calificación fue adoptada por el tribunal en causas similares, a partir del aprovechamiento de la indefensión de la víctima" (fs. 441 vta.).

A partir de las constancias reseñadas, se desprende que la plataforma fáctica por la que resultó condenado M. no ha sufrido una mutación esencial a lo largo del proceso. Sin embargo, la calificación legal adoptada en el alegato fiscal y escogida por el "a quo" (art. 80 inc. 2 del C.P.) resultó sorpresiva y, en definitiva, violatoria al derecho de defensa (art. 18 de la C.N.) (cfr. MAIER, Julio B. J., "Derecho Procesal Penal", Tomo I. "Fundamentos", Ed. Del Puerto, Bs. As., 1996, 2° edición, pág. 568).

En consecuencia, coincido con mi distinguido colega, doctor Gustavo M. Hornos en cuanto a que corresponde hacer lugar al agravio bajo tratamiento.

III. Con relación a la errónea aplicación del art. 41 bis del C.P. que postula el Defensor Público Oficial, cabe recordar que, en su presentación, afirmó que *"la propia agravante genérica está limitando su aplicación a aquellos delitos que expresamente contengan los elementos típicos [de] violencia o intimidación contra las personas. Por lo que extender su operatividad a las figuras que no contemplen literalmente dichas exigencias importa lisa y llanamente, una afectación al principio de legalidad"* (fs. 494).

Frente al planteo de la defensa, cabe recordar que, la ley 25.297 (B.O. 22/09/2000) incorporó la agravante contenida en el art. 41 bis del C.P. en virtud de la cual se aumentan en un tercio del mínimo y máximo las escalas penales de los delitos cuando fueren cometidos con violencia o intimidación contra las personas mediante la utilización de un arma de fuego.

Tal como me expedí en la causa "Maldonado, Arnaldo Andrés s/ recurso de casación" (causa N° 13.209, reg. 276.13,

rta. 15/03/2013 de esta Sala IV de la C.F.C.P.), conforme se establece en el segundo párrafo del art. 41 bis del C.P., dicha regla reconoce como excepción aquellos delitos que contemplan estrictamente el uso de arma de fuego como constitutiva o calificante del delito (por ejemplo, arts. 104 y 166, inc. 2, párrafo segundo, del C.P.).

Asimismo, cabe señalar que la figura penal prevista y reprimida por el art. 79 del C.P. puede llevarse a cabo por cualquier medio y no contiene como elemento constitutivo o calificante la utilización de un arma de fuego. En efecto, el legislador previó que ciertas modalidades, medios, fines y móviles de dar muerte a una persona tienen una escala penal agravada (cfr. art. 80 del C.P.) con respecto al delito de homicidio simple que, a su vez, puede resultar agravado en razón de haberse cometido con violencia o intimidación contra las personas mediante la utilización de un arma de fuego (art. 41 bis del C.P.).

Por último, en cuanto a la razonabilidad de la decisión legislativa de privilegiar dicha circunstancia como elemento calificante del homicidio corresponde recordar que el control que al respecto compete a los órganos jurisdiccionales no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador (Fallos 308:1631; 323:2409). Ello resulta así pues, de conformidad con nuestro ordenamiento constitucional, es facultad del Congreso Nacional el declarar ciertos actos como punibles y fijar las penas de los mismos. Se trata de una potestad exclusiva y privativa del Poder Legislativo que se encuentra exenta -en principio- del control judicial de constitucionalidad.

Las consideraciones precedentes constituyen la obligada derivación de la hermenéutica constitucional realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación del principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional; éste desde el punto de vista material, al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido

Cámara Federal de Casación Penal

estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse dicha amenaza para garantizar una protección suficiente. Ello es así, porque sólo aquellos que están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada (cfr. voto del suscripto en la causa "REARTE, Leandro Ezequiel s/recurso de casación", causa N° 13.559, reg. 1726/12, rta. 25/09/2012 con cita, mutatis mutandi, C.S.J.N. causa: L.119.XXII, 'Legumbres S.A. y otros s/contrabando' rta. el 19 de octubre de 1989).

Con estas breves consideraciones, coincido con mis distinguidos colegas que me preceden en orden de votación en cuanto a que corresponde rechazar la violación al principio de legalidad que alega la defensa y, en consecuencia, homologar la decisión del "a quo" en cuanto afirmó, en el caso, la aplicabilidad de la agravante prevista por el art. 41 bis del C.P.

IV. Con respecto la forma concursal existente entre el homicidio agravado por la utilización de arma de fuego y la portación de arma de guerra sin la debida autorización legal que se le atribuye a A. J. M., toda discusión teórica sobre las eventuales relaciones de concurso de delitos o de concurso aparente encuentra su límite o marco en la base fáctica que se ha tenido por acreditada (cfr. mis votos en las causas "Berurena, Ezequiel Humberto s/recurso de casación", causa N° 12.227, reg. 602/12, rta. 18/04/12; "Moral Mendoza, José A. s/recurso de casación" causa N° 12.347, reg. 1356/12, rta. 14/8/12 y "Neri, Christian s/recurso de casación", causa N° 15.977, reg. 372.13, rta. 22/03/2013, todas de esta Sala IV de la C.F.C.P.).

De todos modos, en el plano normativo, el homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego (art. 79, con

la agravante del art. 41 bis del C.P.) no absorbe el injusto de la portación de arma de guerra sin la debida autorización legal por la que fue condenado M. (art. 189 bis, inc. 2, párrafo cuarto del C.P.).

Ello es así, en virtud de que los tipos penales en juego tienen por base distintos ámbitos de protección y, también, diferentes momentos de consumación. Por un lado, el delito de homicidio que nos ocupa es un delito de resultado que tiene por objeto terminar con la vida de una persona (bien jurídico contemplado en el Libro Segundo, Título I, Capítulo I del C.P.). Por otro lado, la portación de arma es un delito de peligro abstracto, de carácter permanente, que afecta un número indeterminado de personas que no coinciden con la víctima del homicidio pues la "seguridad pública" es el bien jurídico que el Libro Segundo, Título VII, Capítulo I del C.P. tiene como fundamento. Por último, la agravante contenida en el art. 41 bis del C.P. está dirigida a resguardar la libertad y la integridad de las personas en tanto agrava la pena de los delitos en la medida en que se hayan cometido con violencia o intimidación.

Excluida la posibilidad de sostener que el injusto del homicidio agravado por la utilización de un arma de fuego (art. 79, con la agravante del art. 41 bis del C.P.) contenga ya el injusto de la portación de arma de guerra sin la debida autorización legal (art. 189 bis, inc. 2, párrafo cuarto del C.P.), admito que, según las particulares circunstancias del caso, pueda presentarse un concurso entre dichos delitos bajo la forma ideal o real (arts. 54 y 55 del C.P., respectivamente).

Al respecto, el pronunciamiento impugnado puntualizó que *"se probó que la portación del arma de uso civil condicional sin la debida autorización legal fue anterior, concomitante, posterior e independiente al operado contra la vida de Diego Martín Ibarra. Por lo cual, no existe la unidad de acción necesaria para configurar un concurso ideal.*

En efecto, conforme las probanzas logradas en el

Cámara Federal de Casación Penal

transcurso del debate, M. llevó consigo el arma al momento de interceptar a Ibarra y no la abandonó al retirarse del lugar" (fs. 468/468 vta.).

En la declaración indagatoria de fs. 151/152 vta., en el requerimiento de elevación a juicio fiscal de fs. 302/307 y en el alegato de fs. 441 vta. se ha precisado la portación del arma circunscripta temporalmente en forma independiente del homicidio.

En consecuencia, el cuadro fáctico acreditado en el particular caso de autos permite escindir la portación del arma como hecho autónomo del homicidio. Nos encontramos ante acontecimientos que no constituyen una única conducta, donde los delitos en juego concurren de modo real (art. 55 del C.P.).

En virtud de lo expuesto, coincido con mis distinguidos colegas en cuanto a que corresponde rechazar el agravio bajo tratamiento.

V. Corresponde, ahora, determinar si el "a quo", al fundar la necesidad de imposición de la pena en los términos del art. 4 de la ley 22.278, aplicó erróneamente dicha norma, tal como postula la Defensora Pública de Menores e Incapaces o incurrió en el vicio de la arbitrariedad de las sentencias que señala el Defensor Público Oficial de A. J. M. en su presentación.

A dichos fines, cabe señalar que el tribunal de juicio fundó la necesidad de imposición de pena en el caso pues *"se han dado los requisitos que la ley exige para ello, es decir, fue declarado penalmente responsable de la conducta reprochada, la que por otra parte ocurrió entre los dieciséis años de edad y los dieciocho, [aunque] su evolución fue observada por un tiempo escasamente inferior al exigido por la normativa, habiendo adquirido la mayoría de edad, conforme ley 26.579, el día 2 de julio de 2011.*

En lo que hace específicamente a la imposición de pena, se justifica tal decisión, pues una de sus conductas tuvo como consecuencia el despojo del bien máspreciado que a un ser corresponde, como es la vida y sobre todo que no ha

evidenciado arrepentimiento en ningún momento.

Fund[amos] entonces también la necesidad de aplicar sanción penal al joven, en que su ejecución operará primordialmente en la modificación de sus pautas de valoración de y por la vida en sociedad, tal como lo propicia el art. 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

[L]a necesidad de aplicar sanción penal se fundamenta pura y exclusivamente en un fin netamente educativo y resocializador del individuo, premisa que por otra parte, tiene arraigo constitucional, máxime en el derecho penal juvenil, y desoírlo sería contrario al beneficio del joven" (fs. 470 vta./471).

Seguidamente, el tribunal de juicio precisó que "no se puede y no se debe promover la (des)responsabilización técnica del que ha sido judicialmente considerado responsable de un determinado delito. La función del educador es comprender y no absolver. Forma parte del desarrollo personal y social del joven en conflicto con la ley, el proceso de confrontación con su propia realidad personal y social; y en ella, por supuesto, están incluidos sus delitos" (fs. 471/471 vta.).

En consecuencia, los sentenciantes fundaron la necesidad de imponer una pena a A. J. M. en la medida en que se trata de "una reacción punitiva de la sociedad al delito cometido por los adolescentes y, al mismo tiempo, debe contribuir a su desarrollo como persona y como ciudadano" con el objeto de "completar el estadio evolutivo" (fs. 471 vta.).

A partir de lo hasta aquí reseñado se advierte que, en forma contraria a lo afirmado por los recurrentes, el "a quo", en el caso, no fundó la necesidad de imposición de la pena a partir de la regular impresión causada durante el debate.

El tribunal de juicio, tampoco basó la necesidad de imposición de la pena en la sola circunstancia de la gravedad de la conducta reprochada tal como afirman los recurrentes. Por el contrario, dicha circunstancia fue ponderada junto con la necesidad verificada de modificar las pautas de valoración

Cámara Federal de Casación Penal

del joven M. con el objeto, en definitiva, de contribuir con su desarrollo personal.

Por otro lado, con relación al resultado del tratamiento tutelar, los senteciantes destacaron la *"incipiente superación que se ha vislumbrado en el último tiempo de privación de su libertad"* (fs. 472). En síntesis, el "a quo" concluyó que los resultados obtenidos durante el tratamiento tutelar al que fue sometido A. J. M. no fueron suficientemente satisfactorios como para justificar la absolución que reclaman los recurrentes.

Al respecto, cabe señalar que del informe de situación de fs. 215/216 se desprende que A. J. M. recibió sanciones disciplinarias dentro del Centro de Régimen Cerrado "General Manuel Belgrano" y *"cuando es convocado a las entrevistas individuales, muestra una actitud sumamente reticente, manifestando que no tiene nada que transmitir"* (fs. 216). Además, consta la reyerta protagonizada por el nombrado contra otro grupo de jóvenes (cfr. fs. 221). En virtud de ello, con fecha 10 de enero de 2013, la vice directora del Centro de Régimen Cerrado "General Manuel Belgrano" solicitó el traslado a otro centro *"teniendo en cuenta los efectos totalmente ineficaces de las intervenciones, señalamientos y sanciones dirigidas al joven respecto de sus reiteradas inconductas, es que se vuelve a solicitar al Tribunal interviniente"* (fs. 225).

Así las cosas, con fecha 4 de marzo de 2013, el "a quo" resolvió trasladar a A. J. M. del Centro de Régimen Cerrado "General Manuel Belgrano" a una de las unidades del Servicio Penitenciario Federal. Ello, en atención a los problemas de conducta de A. J. M. en dicho Centro de Régimen Cerrado y a que el nombrado *"registra una condena –no firme– de diez años de prisión, accesorias legales y costas, en orden al delito de homicidio agravado por su comisión con alevosía y con el uso de arma de fuego en concurso real con portación ilegítima de arma de guerra; proceso por el cual se encuentra privado de libertad desde el 1° de marzo de 2011"* (fs. 227). Dicho traslado fue efectivizado con fecha

30/07/2013 (cfr. fs. 276 del expediente tutelar).

A partir de lo expuesto, con relación a la duración del tratamiento tutelar, se advierte que, por los hechos acaecidos el 23/12/2010, A. J. M. fue detenido con fecha 1/03/2011, alcanzó la mayoría de edad el 2/07/2011 motivo por el cual cesó la disposición tutelar (cfr. fs. 166/169 del expediente tutelar). Sin embargo, de las constancias obrantes en el expediente tutelar se desprende que se observó la evolución de su tratamiento mientras duró su permanencia en el Centro de Régimen Cerrado "General Manuel Belgrano" (hasta el 30/07/2013). Durante aquel tiempo, tal como se destacó, existieron informes negativos en cuanto a su comportamiento que motivaron –junto con la mayoría de edad alcanzada por M. y la sentencia condenatoria dictada en su contra–, su traslado a una unidad del Servicio Penitenciario Federal.

En consecuencia, corresponde rechazar el argumento vinculado a la escasa duración del tratamiento tutelar formulado por los recurrentes.

Por otro lado, a partir de la historia de vida de M. a la que se alude a fs. 481 vta./482, la necesidad de la imposición de una pena no se encuentra desvirtuada. Ello es así toda vez que el art. 4, inc. 3, segundo párrafo de la ley 22.278, establece que a la hora de evaluar la necesidad de imposición de pena a un menor, corresponde evaluar "*las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez...*".

En este sentido, no puede soslayarse que la necesidad de pena se encuentra intrínsecamente relacionada con la legítima *finalidad* que con su imposición persigue el Estado, esto es, "*la reforma y la readaptación social*" del condenado (cfr. C.A.D.H., art. 5.6 y P.I.D.C.y P., art. 10.b.3.). En particular, en el caso de los menores en conflicto con la ley penal, cobra especial relevancia "*la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad*" (C.D.N., art. 40.1.).

Cámara Federal de Casación Penal

El principio general de política criminal que caracteriza al derecho penal como la *última ratio* del ordenamiento jurídico, extrema su vigor, cuando se trata de menores infractores. Ello es así, al punto que la Convención sobre los Derechos del Niño, expresamente establece que: *"la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño [...] se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda"* (art. 37.b.).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *"de la conjunción de la ley 22.278 y la Convención del Niño se desprende con claridad que el derecho penal de menores está muy fuertemente orientado al examen de las posibles consecuencias de la aplicación de una pena respecto del condenado, en particular, desde el punto de vista de evitar que la pena privativa de libertad tenga efectos negativos para la reintegración del condenado a la sociedad"*. Sobre esa base, se concluyó que *"al momento de determinar la pena, el tribunal no pueda omitir la consideración relativa a la concreta necesidad de pena, desde la perspectiva indicada, respecto de ese autor en concreto"* (Fallos: 328:4343, considerando 35).

En consecuencia, el estudio concreto que se realiza en la presente causa, aun detraída la ponderación de la ausencia de arrepentimiento que señalan los sentenciantes, me lleva a tener por satisfecha la necesidad de imposición de pena. Ello así, ante los hechos por los cuales se declaró penalmente responsable a A. J. M. y la ausencia de elementos que objetiven que el nombrado haya efectivamente internalizado la magnitud del daño causado, constituyen suficientes fundamentos para tener por satisfecha la exigencia de necesidad de imposición de pena de prisión (art. 4, inc. 3, párrafo segundo, de la ley 22.278).

VI. Como consecuencia de la decisión aquí adoptada, corresponde ajustar el monto de pena por el cual deberá responder A. J. M.

Para ello, cabe considerar que la escala penal a partir de la cual corresponde merituar el monto punitivo a

aplicarle a A. J. M., encuentra un mínimo legal de cinco (5) años y cuatro (4) meses de prisión (ello, en función del art. 4, inc. 3, segundo párrafo de la ley 22.278 y de los arts. 41 bis, 45, 55, 79 y 189 bis, inc. 2, cuarto párrafo del C.P.).

En este sentido, realizada en esta instancia la audiencia de *visu* respecto de A. J. M. (cfr. fs. 546) de conformidad con los lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "NIZ" (N.132 XLV, rta. el 15/6/2010), corresponde considerar, como circunstancia atenuante a los fines del art. 40 y 41 del C.P., la edad de 17 años con la que contaba al momento del hecho.

Por otro lado, como agravantes, pondero la naturaleza de las acciones por las que resultó condenado, el elevado grado de violencia desplegado al dar muerte a Ibarra a partir del estado de indefensión en el que se hallaba la víctima y la extensión del daño y del peligro causados (cfr. art. 41 inc. 1° del C.P.).

Dichos extremos evidencian la ausencia de toda consideración por parte del imputado a uno de los bienes jurídicos protegidos que afectó, demostrando desprecio por el derecho a la vida de la víctima (art. 1 de la D.A.D.H., art. 4.1 de la C.A.D.H., art. 6.1 del P.I.D.C.P.).

En dichas condiciones, encuentro ajustado a derecho y a las constancias de la causa, como consecuencia de lo que en este voto se afirma sobre la calificación legal que procede y por considerarlo proporcional con la magnitud del injusto y el grado de culpabilidad del autor verificado en el *sub examine*, imponerle a A. J. M. la pena de nueve (9) años de prisión, accesorias legales y costas en la instancia anterior, por resultar autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado mediante la utilización de un arma de fuego, en concurso real con portación ilegítima de arma de guerra sin la debida autorización legal (arts. 41 bis, 45, 55, 79 y 189 bis, inc. 2, cuarto párrafo del C.P.).

V. Por lo expuesto, corresponde:

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por el doctor Damián R. Muñoz, Defensor Público

Cámara Federal de Casación Penal

Oficial **CASAR PARCIALMENTE** la resolución impugnada y, en definitiva, **CONDENAR** a A. J. M. a la pena de nueve (9) años de prisión, accesorias legales y costas en la instancia anterior, por resultar coautor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado mediante la utilización de un arma de fuego, en concurso real con portación ilegítima de arma de guerra sin la debida autorización legal (arts. 41 bis, 45, 55, 79 y 189 bis, inc. 2, cuarto párrafo del C.P.). Sin costas en la instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la doctora María Luz de Fazio, Defensora Pública de Menores e Incapaces. Sin costas en la instancia (arts. 530, 531 -in fine- del C.P.P.N.).

III. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Por ello, y en mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto a fs. 484/497 vta. por el doctor Damián R. Muñoz, Defensor Público Oficial, **CASAR PARCIALMENTE** la resolución impugnada y, en definitiva, **CONDENAR** a A. J. M. a la pena de nueve (9) años de prisión, accesorias legales y costas en la instancia anterior, por resultar coautor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado mediante la utilización de un arma de fuego, en concurso real con portación ilegítima de arma de guerra sin la debida autorización legal (arts. 41 bis, 45, 55, 79 y 189 bis, inc. 2, cuarto párrafo del C.P.), **SIN COSTAS** en la instancia (arts. 530 y 531 -in fine- del C.P.P.N.).

II. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 474/483 por la doctora María Luz de Fazio, Defensora Pública de Menores e Incapaces, **SIN COSTAS** en la instancia (arts. 530, 531 -in fine- del C.P.P.N.).

III. TENER PRESENTE la reserva del caso federal.

Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada 15/13, C.S.J.N.), a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta cámara. Remítase la

presente al Tribunal de origen, sirviendo ésta de atenta nota de envío.

GUSTAVO M. HORNOS

JUAN CARLOS GEMIGNANI

MARIANO HERNÁN BORINSKY

Ante mí: Hernán Blanco
Secretario de Cámara