



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

Registro nro.: 324/18

///la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 13 días del mes de abril de 2018, se reúnen los miembros de la Sala Tercera de la Cámara Federal de Casación Penal, doctores Carlos A. Mahiques, Eduardo Rafael Riggi y Juan Carlos Gemignani, bajo la presidencia del primero de los nombrados, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María de las Mercedes López Alduncin, con el objeto de dictar sentencia en esta causa FSM 66291/2014/TO1/CFC6, caratulada "A., J. D. s/ recurso de casación". Representa en esta instancia al Ministerio Público Fiscal el doctor Gabriel Pérez Barberá, a la defensa oficial de J. D. A., el doctor Enrique M. Comellas, y a la Defensa Pública de Menores e Incapaces, la doctora María Luz De Fazio.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó establecido el siguiente orden: doctores Juan Carlos Gemignani, Carlos A. Mahiques y Eduardo Rafael Riggi.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

El señor juez doctor Juan Carlos Gemignani dijo:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 3 de San Martín, con fecha 20 de diciembre de 2016, cuyos fundamentos fueron dados a conocer el 27 del mismo mes y año, resolvió -en lo que aquí interesa- declarar penalmente responsable a J. D. A. y condenarlo a la pena de trece años de prisión y accesorias legales, por considerarlo coautor del delito de homicidio *criminis causae*, en concurso ideal con el delito de robo con arma de fuego apta para el disparo y en poblado y en banda, y autor del delito de portación de arma de

guerra sin la debida autorización, que concurre realmente con el delito anterior; con costas (artículos 5, 12, 19, 29, inciso 3°, 40, 41, 44, 45, 54, 55, 80, inciso 7°, 164, 166, inciso 2° segundo párrafo, 167, inciso 2°, y 189 bis, inciso 2° párrafos tercero y cuarto del C.P.; art. 4 de la ley n° 22.278; y 298, 399 y cc. del C.P.P.N.).

II. Contra dicha decisión, el doctor Héctor René Tejerina Ortiz, en calidad de asesor de menores, interpuso recurso de casación, que fue concedido y mantenido ante esta instancia (cfr. fs. 1143/1159, y 1251/1254vta., respectivamente).

Asimismo, interpuso recurso de casación la defensa pública oficial del nombrado, a cargo del doctor Cristian Barritta, que también fue concedido y mantenido en esta instancia (cfr. fs. 1227/1240 vta., 1241/1244 vta., y 1260, respectivamente).

III. Recurso de casación interpuesto por el asesor de menores, doctor Héctor René Tejerina Ortiz.

La parte fundó su recurso en las previsiones de ambos incisos del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, planteando la arbitrariedad de la resolución.

Tras reseñar los antecedentes del caso y los fundamentos de la resolución, destacó el rechazo arbitrario de las nulidades planteadas en su presentación y en la de la defensa particular del nombrado.

En tal sentido, entendió nulos los reconocimientos en rueda de personas realizados por Quinteros y Toledo (fs. 168/9 y 170/2, respectivamente) ante el Fiscal Provincial, por haberse apartado de lo dispuesto en los artículos 257 y cc. del C.P.P.P.B.A.

Dijo que se había incumplido con lo previsto en el art. 258 de dicho código (interrogatorio previo), pues en ambos casos se efectuó una mera remisión genérica a sus declaraciones anteriores; y que del debate surgió que a dichos



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

testigos se les habría indicado a quien marcar con anterioridad al reconocimiento.

Destacó que ninguno de los dos había sido conteste en la versión de los hechos brindada (uno había dicho que la panadería estaba iluminada y el otro que estaba oscura).

Así, entendió que el reconocimiento impropio afectaba el principio del *in dubio pro reo*, y citó el voto del doctor Zaffaroni en el fallo "Cabrera" de la C.S.J.N.

Por lo tanto, solicitó que, en virtud de lo expuesto y la violación del debido proceso, se anulara el reconocimiento impropio y la rueda de personas, y se absolviera su asistido por ausencia probatoria respecto de su potencial autoría y participación.

En segundo lugar, se refirió al derecho a obtener una sentencia fundada y a la invalidez de la condena por inobservancia de la ley procesal.

En ese sentido, consideró que la sentencia recurrida no había realizado un análisis crítico, razonado y circunstanciado de las constancias del proceso, y agregó que no se había configurado ni el homicidio *criminis causae* ni la participación de su asistido.

Expuso que la sentencia no dijo que Toledo y Quinteros habían reflejado la larga espera de la ambulancia por más de una hora, lo que había contribuido en el resultado mortal, más allá de la demora del propio contradictorio entre los médicos y bomberos intervinientes en el hecho acerca de a quien le correspondía la intervención médico o traslado de González. Concluyó que, ante la atención médica oportuna, el deceso no se hubiera producido, ya que el motivo del mismo había sido el sangrado.

Respecto al tipo penal endilgado, postuló que era imprescindible la conexión subjetiva entre el homicidio y el

otro delito, y que *"...no basta ni la concomitancia ni el concurso, sino que dicha circunstancia de que el homicidio haya servido para preparar, para consumir, para ocultar, etc., el otro delito por razones extrañas a la voluntad del agente, no permite colocar el caso en la agravante, la que tampoco se aplica cuando la muerte no responde al dolo directo propio de aquella conexión"*.

En ese orden de ideas, agregó que no era aplicable el artículo 80, inciso 7, del C.P., pues no se había acreditado que su asistido hubiera actuado impulsado por alguna de las finalidades previstas por dicho inciso, y manifestó que *"...en el caso de autos no se ha determinado bajo ningún medio probatorio, quien ha realizado el disparo, o si fuera de toda duda razonable Joan haya estado en el lugar del hecho-, o, en otras palabras, quien es el agente para poder determinar los partícipes"*.

Sostuvo que para que el partícipe sea pasible de la pena agravada, *"...debe tener conocimiento de la motivación del agente, lo que deviene imposible de analizar sin haber determinado quien efectuó el disparo y sus propias motivaciones. Que de ninguna manera podrá establecerse por encontrar en poder de A. el arma que efectuara los disparos 13 horas más tarde, más en un caso donde no se acreditó mediante barrido electrónico y/o parafina la posibilidad de disparo por parte de mi asistido"*.

Por ende, conforme al principio *in dubio pro reo*, solicitó que se absolviera a su defendido por dicho hecho, toda vez que no había existido ningún testigo directo ni se había recabado prueba que determinara quien había disparado y/o la participación de A., quien, atento su contextura, pudo haber sido confundido con otro joven, inclusive su hermano menor declarado inimputable.

Asimismo, dijo que más allá de los dudosos dichos de Toledo y Quinteros, el reconocimiento efectuado por ellos



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

había sido impropio, y no había otra prueba que determinara que A. hubiera tenido dominio del hecho que provocara la muerte de la víctima o estado presente, pues, desde la óptica de dichos testigos, al sujeto sindicado como A. lo habían visto de espaldas y a unos 15 o 20 metros.

En tercer lugar, postuló la errónea aplicación del régimen penal de minoridad, al afirmar que el Tribunal no había meritado la posibilidad de absolver a su asistido en torno a la ley aplicable en función de su edad, ni brindado razones para justificar la necesidad de la imposición de pena.

Destacó que A. *"...nació el 29 de noviembre de 1997 por lo que al momento de los hechos aquí investigados 15 de octubre de 2014, A. era menor de edad, lo que conlleva, como refiriera anteriormente, a la aplicación del régimen penal de la minoridad (ley 22.278) el cual se rige por el principio de especialidad"*.

En otro orden, se refirió a la interpretación de la ley 22.278 en la aplicación de su art. 4 (facultad de jueces para poder no imponer pena al no encontrar necesidad en función del análisis del tratamiento tutelar), citando el fallo "Maldonado" de la C.S.J.N.

En dicho sentido, recordó que había evolucionado favorablemente a lo largo de su tratamiento tutelar, demostrando intención de cambio y reinserción, ya que se había logrado su revinculación con su familia, sumado a que se había demostrado un progreso escolar desde lo institucional, y luego en su paso a la Unidad Carcelaria para Jóvenes Adultos; y citó los informes tutelares y de seguimiento de evolución incorporados por lectura al debate.

De tal suerte, criticó que el *a quo* se haya referido a su conducta previa al hecho, puesto que ello no surgía de la ley y era también violatorio del principio de inocencia.

Analizó los informes tutelares y sociales para dejar en evidencia la innecesaridad de aplicación de pena, entendiendo que *"...queda en evidencia la preponderancia de las situaciones positivas de reinserción social y cumplimiento del tratamiento, frente a unos días de conflicto, que como explique anteriormente, se relacionaron con un gran estado de angustia del menor que fue pasando por alto por el Tribunal sin darle la debida valoración"* y que no se había justificado la imposición de pena por sus progresos, destacando que no podía considerarse solamente la modalidad o gravedad de los hechos, y citó a tal fin precedentes de la C.S.J.N.

Por lo tanto, consideró que la pena debía imponerse solamente como *última ratio* ante el fracaso del tratamiento tutelar, y que la sentencia era arbitraria pues no se había meritado la posibilidad de absolución ni se habían dado razones suficientes para justificar la necesidad de la imposición de la pena.

En subsidio, se agravió del monto de pena impuesta, al que consideró infundado, excesivo y desproporcionado con la conducta atribuida, en función de las constancias de la causa y del régimen dispuesto en la ley 22.278, entendiendo que debió haberse impuesto el mínimo legal (en grado de tentativa conforme lo dispuesto por dicha ley) y declarado la inexistencia de las agravantes invocadas por el *a quo*.

En ese sentido, refirió que *"...debo invocar como agravio que el Tribunal indique los mismos hechos, por los cuales lo considero responsable y con los que determinó la necesidad de aplicar pena, al margen de idéntica ponderación de los extremos utilizados para adecuar la calificación legal, me llevan a afirmar que no se realizó cesura del juicio objetiva, ya que, a mi entender, esos extremos no pueden ser utilizados como elemento determinante para alejarse del mínimo legal, de por sí extremadamente alto en caso de un menor sometido al régimen excepcional de aplicación de la pena en el*



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

marco de la ley 22.278. Por ello, se debe concluir que estos extremos fueron valorados en 3 oportunidades, ocasionando una afectación al principio ne bis in ídem (...); vicio éste, que amerita la descalificación parcial de lo decidido como acto jurisdiccional válido, en conjunción con el interés superior del niño que tiene que guiar a toda resolución judicial donde se encuentren involucrados".

Finalmente, hizo reserva del caso federal.

IV. Recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial de J. D. A., a cargo del doctor Cristian Barritta.

Que la parte fundó su presentación en el segundo inciso del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, y sostuvo la arbitrariedad de la resolución.

En igual sentido que el asesor de menores, se agravió respecto de los reconocimientos en rueda de personas, validados por el Tribunal al rechazar la nulidad impetrada.

En dicho orden, dijo que en las presentes actuaciones se había incumplido con lo previsto en el art. 258 del C.P.P.P.B.A., ya que "*...en ambos reconocimientos se echó mano a una imprecisa remisión, en lugar de la debida e impuesta descripción previa de señas y/o características físicas de los supuestos autores a reconocer que permita la comparación en forma adecuada y actual*", lo que, a su entender, importó una clara afectación del derecho de defensa y debido proceso legal.

Agregó que la importancia del interrogatorio previo en las condiciones legales se advertía aún más en este caso, frente a las circunstancias fácticas del hecho investigado (distancia entre testigos y supuestos autores, óptica de testigos, confusión imperante, diferentes versiones sobre la iluminación del lugar), lo que demostraba un contexto

desfavorable para la eficacia de cualquier reconocimiento posterior.

Por ende, entendió que, al ser los ilegítimos reconocimientos prueba dirimente, correspondía la absolución de su asistido.

Luego, se refirió a la arbitrariedad de la sentencia recurrida en orden a la declaración de responsabilidad de A. en el hecho achacado, por orfandad probatoria.

Expuso que la decisión se había cimentado sustancialmente en los ilegítimos reconocimientos en rueda de personas, lo que demostraba la falta de pruebas, afectándose así las garantías de defensa en juicio, debido proceso y presunción de inocencia, y citó el voto del doctor Zaffaroni en el fallo "Cabrera", postulando la duda.

Destacó que no había existido testigo directo del hecho (acta de fs. 11) ni se había recabado ninguna prueba para determinar la presencia de A. en el lugar, sumado a que los preventores *"...no sólo no aportaron ningún dato que involucrara a A. en la faena criminal, sino que, además, se contradijeron al relatar diversas circunstancias determinantes para la averiguación de lo ocurrido y la determinación certera de los verdaderos autores del hecho"*.

Asimismo, postuló razonable el reparo acerca de si el arma usada en el hecho estaba en poder de A., máxime cuando dicha diligencia se había realizado sin testigos civiles hábiles (acta de fs. 27).

Entendió que, de tenerse por probado que A. la detentaba, no podía descartarse que la hubiera recibido tiempo después del suceso acaecido y, por ende, que no hubiera sido disparada por él, ya que no solo el secuestro del arma había ocurrido 13 horas después de la comisión del ilícito investigado, sino que tampoco dicho extremo había sido acreditado por algún test idóneo (prueba de parafina,



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

dermotest o barrido electrónico), lo que hubiera revelado si A. había o no disparado.

Dijo que los testigos Toledo y Quinteros no habían sido contestes en las versiones brindadas, y que, *"...para el caso de que las diligencias de reconocimientos practicadas por los nombrados sean convalidadas por el Superior, ello debe sopesarse en términos objetivos con el hecho de que al sujeto que sindicaron como A. reconocieron haberlo observado de espaldas y a una distancia no menor a 15 o 20 metros"*.

Por ende, concluyó que la participación de su defendido y su consecuente responsabilidad en el hecho por el que fue condenado no estaba acreditada con el grado de certeza necesario, postulando su absolución.

En tercer término, se agravió por la ausencia de motivación válida respecto a la significación postulada, esto es, el homicidio *criminis causae*.

Según su perspectiva, para la aplicación del art. 80, inciso 7, del C.P., es necesario que el homicidio se planee antes del hecho y que, de ser posterior o incidental, procede el art. 165 u otra figura del C.P, agregando que dicho delito solamente es compatible con el dolo directo.

En cuarto lugar, y de manera subsidiaria, postuló la arbitrariedad de la sentencia en orden a la decisión de aplicar sanción penal, debido a que al momento del hecho su asistido era menor de edad; y citó la Convención sobre Derechos del Niño así como jurisprudencia nacional e internacional.

Criticó que el Tribunal dejara de lado el análisis del tratamiento tutelar, sustentando la pena en señalamientos vinculados con la gravedad del hecho y con las causas seguidas contra el menor, lo que, a su entender, evidenció autocontradicción y reveló la verdadera razón que motivó la

decisión recurrida; y citó fallos de la C.S.J.N. para avalar su posición.

Agregó que en el marco del parcial y dogmático análisis del seguimiento tutelar del menor, el Tribunal también había incurrido en serias deficiencias de motivación.

En ese sentido, expuso que *"...si bien la ley expresamente contempla como pauta de análisis para la necesidad de imposición de pena los 'antecedentes del menor', lo concreto es que en el caso puntual de autos los otros procesos seguidos contra A. no resultan computables a tales fines pues al haberse dispuesto su archivo o dictado su sobreseimiento mal pueden ser valorados ni aún a modo indiciario, so riesgo de fulminar la presunción de inocencia"* y que *"...a la luz del resultado satisfactorio del tratamiento tutelar al que fuera sometido A., la innecesariedad de aplicación de una sanción penal con el único fin que debe perseguir, esto es, la recuperación del joven, se tornaba prístina"*, y detalló los informes tutelares y de seguimiento de evolución.

Concluyó así en que el Tribunal no dio razones acerca del motivo por el cual la acreditada evolución era "insuficiente" para aplicar la regla imperante en materia minoril, que sólo admite la imposición de pena ante el fracaso del tratamiento tutelar.

Finalmente, se agravió por la falta de fundamentación de la sentencia en orden a la determinación de la pena.

Dijo que *"...el apartamiento del mínimo legal aplicable según el concurso delictual por el cual ha recaído condena, no se ajusta a los estándares fijados por la normativa del DIDH y la jurisprudencia de nuestra CSJN y de la CIDH (...) que expresamente disponen que en caso de estimarse imperioso el encarcelamiento de un menor, este deberá decidirse por el período mínimo necesario o, dicho de otro modo, por el período más breve que proceda"*, y que, además, *"...se da de bruces con*



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

la favorable evolución que revela el seguimiento tutelar al que el joven A. fuera sometido, extremo que, amén de tratarse de una pauta fundamental de mensuración a la hora graduar la sanción punitiva a imponer a un menor, lisa y llanamente fue ignorado en este segmento del fallo".

Asimismo, agregó que si bien ello permitía la reducción del monto de pena, la falta de motivación se patentizaba aún más a partir de que los señalamientos del *quo* como agravantes eran inhábiles a tal efecto.

En tal sentido, expuso que toda referencia a la naturaleza y consecuencias del delito no podía ser nuevamente valorada como agravante, so riesgo de conculcar la garantía constitucional de *ne bis in idem*.

Agregó que era censurable la valoración en contra de su defendido de circunstancias como el "intento de fuga" o "lo ocurrido en el nosocomio" ya que, amén de haber sido episodios aislados en relación a la recta observancia de las normas de conducta impuestas y a los logros obtenidos durante su institucionalización, se explicaban a partir del estado de angustia y dolor del menor.

Destacó que las numerosas circunstancias atenuantes mencionadas no se habían visto reflejadas en el monto punitivo impuesto, pese a su innegable impacto a los fines de orientar la balanza hacia el mínimo de la escala punitiva aplicable.

Finalmente, solicitó que se anulara todo lo actuado y se dispusiera la absolución de su asistido o, subsidiariamente, que se redujera la pena, y que, en caso de decidirse el reenvío, se dispusiera la intervención de otro tribunal.

Por último, hizo reserva del caso federal.

V. Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los fines de los artículos 465, primera parte y 466 del Código

Penal de la Nación, el Defensor Público Oficial, doctor Enrique María Comellas, hizo su presentación a fs. 1263/1271, solicitando se hiciera lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, se casara la sentencia recurrida.

Asimismo, introdujo como nuevo agravio la nulidad de la detención y requisa de su asistido, entendiendo que no se había verificado ninguno de los supuestos de excepción enumerados taxativamente en el ordenamiento procesal aplicable al caso que habilitara a los funcionarios policiales, sin orden fundada de juez competente, a identificar al nombrado y a requisarlo, para luego detenerlo.

Tras citar diversos testimonios, concluyó que la intervención policial se había pretendido justificar en que quien se encontraba cerca del domicilio en el que se hacían las tareas investigativas se parecía a uno de los hermanos que, según lo indicado por el Agente Cano, habría acompañado a A.F. en el hecho pesquisado; y que, frente a tal reconocimiento, se lo interceptó -dándole la voz de alto-, comenzando una persecución que terminó con la detención y requisa de dicha persona dentro de una edificación y sin la presencia de testigos debido a la rapidez de los sucesos.

Es decir, indicó que no había motivo ni sospecha para que se afectara la libertad personal y ambulatoria de A., y que, si bien la policía conocía el hecho investigado, hasta el momento de la detención de su defendido no había ningún elemento para afirmar su participación y, en consecuencia, la existencia de "indicios vehementes de culpabilidad" que autorizaran su aprehensión, sino con "meros dichos vecinales".

Por ende, entendió que debía declararse la nulidad de la detención y requisa de A. y de todos los actos que eran su consecuencia directa -secuestro del arma de fuego-, anulándose la sentencia y disponiéndose su absolución.

En el mismo estadio procesal, a fs. 1273/1274 se presentó la Defensora Pública de Menores e Incapaces, doctora



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

María Luz De Fazio, quien amplió los fundamentos del recurso de casación interpuesto por el asesor de menores, solicitando se hiciera lugar al mismo.

VI. Habiéndose celebrado la audiencia prevista por el artículo 468 del Código Penal de la Nación, las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

VII. Inicialmente, corresponde precisar que los recursos de casación interpuestos resultan formalmente admisibles, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas definitivas previstas en el art. 457 del C.P.P.N., las partes recurrentes se encuentran legitimadas para impugnarla -art. 459 del C.P.P.N., teniendo presente, a su vez, lo establecido en el art. 40.II.b de la CDN, en el art. 27, inc. "e" de la ley 26.061, en los arts. 8.2.h de la CADH, 14.5 del PIDCyP y 43 de la ley 27.149-, los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del C.P.P.N. y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y fundamentación requeridos por el art. 463 del citado catálogo instrumental.

Que, previo a todo análisis, cabe señalar 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 otro s/ 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). 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.

VIII. Previo a expedirme sobre las cuestiones traídas a conocimiento de este Tribunal, resulta apropiado recordar que los magistrados del Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 3 de San Martín tuvieron por acreditado que el día 15 de octubre de 2014, en horas de la noche, J.D.A., junto a A.L.F. y D.J.A. "...planificaron apoderarse del vehículo Chevrolet Sonic dominio OCW-820, en perjuicio desapoderando a su titular y ocupante, mientras se encontraba en las inmediaciones de las calles Artigas y Solís, de José León Suárez, partido de San Martín, junto a la panadería 'Don Luis', utilizando para ello, al menos, un arma de fuego cargada y apta para el disparo; y con el firme propósito, en última instancia, de disparar con ella dando muerte a quienes se resistieran o procurasen impedir su cometido, con el fin de lograr así la consumación del robo y su impunidad. En pos de lo cual se repartieron roles y funciones".

Así, alrededor de las 21.30 horas de dicho día, los tres nombrados (los dos últimos declarados no punibles por su



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

corta edad) "...aprovechando la nocturnidad, y de forma sorpresiva, abordaron, rodeándolo, al sargento ayudante de la Gendarmería Nacional Carlos Tomás González -sin que se hubiere acreditado que los sujetos conocieran esa condición-, quien hacía la custodia de la panadería al concluir la jornada laboral, mientras se encontraba manipulando su teléfono celular, parado en la vereda junto a la puerta del acompañante de su vehículo, para intentar reducirlo a punta de pistola y, de ese modo, cumplir con su plan. Pero ante la resistencia demostrada por aquél -al procurar alcanzar su arma reglamentaria ubicada en el sector de la guantera y el asiento del acompañante- al girar su cuerpo, le efectuaron dos disparos con una pistola Browning calibre 9 milímetros que impactaron en su espalda, específicamente, uno en la región dorso lumbar izquierda a diez centímetros de la línea media vertebral y a nivel de la 11° costilla, y el otro en el cuadrante superoexterno de glúteo derecho a diez centímetros del pliegue interglúteo y catorce centímetros por debajo de la cresta ilíaca (cfr. necropsia de fojas 125/132).

Acto seguido, se subieron al vehículo del herido - horas más tarde fallecido- uno como conductor, otro en el asiento del acompañante, y el último, que inicialmente, y tras el hecho se apartó del lugar, regresó desde la esquina de Solís y Artigas a toda velocidad, y tras patear al herido, alcanzó a subir mientras el auto se empezaba a mover; y se dieron a la fuga, con dirección a la avenida Bernabé Márquez apoderándose no sólo del automóvil Chevrolet Sonic dominio OCW-820, sino también del arma reglamentaria marca Pietro Beretta, calibre 9 milímetros serie n° P77424Z perteneciente a Carlos Tomás González y su credencial que lo identificaba como personal de la Gendarmería Nacional.

Advertidos del suceso los vecinos, se acercaron a la víctima para socorrerlo. Entre ellos, Javier Toledo, que se hizo cargo de los primeros auxilios mientras esperaban el arribo de la ambulancia, y en un pequeño diálogo con el herido éste le pidió que le avisara a su hija lo sucedido, y le reconoció que eso le había ocurrido por haberse quedado 'boludeando' (sic) con el teléfono celular, cuando se tendría que haber ido más temprano.

Mientras tanto, personal policial de la Comisaría IV de San Martín con sede en José León Suárez -Laura Vega y José Cano-, anoticiados del hecho vía radial a través del servicio 911, se dirigieron al fondo de la Villa Independencia donde se suelen abandonar vehículos robados -en la calle 4 y Artigas-, a efectos de dar con los apropiadores del auto de González. De este modo pudieron ver pasar a gran velocidad a un vehículo de similares características, del cual descendieron, en primer término, dos de los ocupantes que se perdieron por las pasillos de la villa, mientras el tercero abandonó el auto más adelante por el lado del acompañante en el Pasaje San Pablo - en la intersección con la calle 3-, cubriendo su huida con disparos", siendo este último reconocido por el agente Cano como A.F., de corta edad y con varias entradas previas en la comisaría.

Quedó acreditado que dentro del rodado abandonado se encontraron dos vainas servidas calibre 9 milímetros que habían sido percutadas por la pistola incautada en poder de J.D.A. horas más tarde, así como la documentación del vehículo a nombre de Carlos Tomás González, sin que se hallara el arma reglamentaria correspondiente al gendarme nombrado.

Continuó la sentencia afirmando que "Carlos Tomás González fue trasladado al Hospital 'Eva Perón' (otrora Hospital Castex) de San Martín, en donde se le efectuó una tomografía de abdomen y pelvis, cuyos resultados obligaron a practicársele una intervención quirúrgica urgente. Luego de



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

ello fue derivado al Hospital Militar Central de la Ciudad de Buenos Aires para un mejor control postoperatorio, ya que arribó con un cuadro de 'mal estado general', efectuándosele transfusiones de sangre con motivo de determinarse un importante sangrado. Falleció poco después debido a las lesiones causadas por los proyectiles de armas de fuego que impactaran en su cuerpo".

Se estableció que mientras personal de la Seccional IV de la Comisaría de San Martín (con sede en José León Suárez) realizaba tareas de investigación en torno al domicilio de los hermanos A. -sito en la intersección de las calles Las Petunias y Los Eucaliptus de Loma Hermosa-, el día 16 de octubre de 2016 alrededor de las 10.30 horas, pudo dar con J.D.A. mientras caminaba por la acera, quien hizo caso omiso a la voz de alto impartida por los agentes preventivos, iniciándose una persecución que terminó con su reducción y captura, identificándose J. con el nombre de su hermano menor, D.

Finalizó el tribunal afirmando que *"De entre sus ropas se le secuestró la pistola marca Browning calibre 9 milímetros con numeración erradicada, con cargador colocado y cinco municiones; arma, que según las pericias de rigor, había acabado con la vida de Carlos Tomás González".*

IX. a) Considero ajustado a la ley vigente la doctrina que refiere que el Tribunal debe limitarse al estudio de los motivos propuestos *ab initio* al interponerse el recurso de que se trate, salvo, claro está, que el asunto propuesto una vez expirada esa oportunidad procesal, apareje cuestión federal dirimente o un supuesto de arbitrariedad o ataque la validez del algún acto del proceso factible de ser fulminado con nulidad absoluta (confr. mi voto en la causa Nro. 13.463, Reg. Nro. 887/12.4, "Molina, Marcos Javier s/rec. de

casación”, rta. El 24 de mayo de 2012); contexto que se observa en los agravios introducidos por el señor Defensor Público Oficial en el estadio procesal previsto por el artículo 465 del código instrumental.

Es que la inserción de los verbos desarrollar y ampliar contenidos en el art. 466 ídem -norma que autoriza la presentación de mención reciente- es cabal muestra que lo que persiguió el legislador con su dictado, no era otra cosa que dar a la parte recurrente una oportunidad para que se extienda o profundice los motivos que fueron introducidos en la oportunidad del artículo 463 del C.P.P.N., es decir, que pueda completarlos o perfeccionarlos, más no incorporar o adicionar otros no volcados en el recurso de que se trate.

Esa es la inteligencia que prestigiosa doctrina ha asignado a la norma bajo análisis, al expresar que: Similar inteligencia le otorga a la norma examinada, la palabra autorizada de Francisco J, D’Albora al aducir que: “[...] *ni en la oportunidad [prevista por el art. 466 del C.P.P.] ni durante la audiencia establecida por el art. 468 las partes se encuentran facultadas para introducir nuevos motivos de casación; éstos quedan fijados a través del escrito de interposición y sólo pueden ser ampliados o desarrollados luego [...]. Salvo que se trate de nulidades insubsanables, pues pueden ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso*” (confr. “Código Procesal Penal de la Nación”, Editorial Abeledo-Perrot, Bs. As., 2002, pág. 1026).

Haciendo foco en esa exégesis, entonces, en el particular caso de autos, corresponde analizar el agravio de la defensa referido a la nulidad de la detención y requisa de su asistido.

b) Ahora bien, con el objetivo de desentrañar si el señor defensor está en lo cierto o no en cuanto a que el procedimiento de detención y requisa de que fue objeto el acusado fue efectuado a espaldas de lo previsto por el



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

ordenamiento procesal vigente, no puedo sino reproducir la directriz que sobre la temática bajo estudio supo trazar la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica -a la sazón, el máximo referente jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal-, concretamente, las condiciones que deben presentarse a los ojos de las fuerzas policiales y de seguridad para hacer efectiva la detención y requisa de los ciudadanos en los casos en que no media una orden judicial que la habilite.

Así, por ejemplo, en el precedente "Terry v/Ohio", 392, U.S.1 del año 1968, al desarrollar el concepto de "causa probable", aquel órgano jurisdiccional extranjero supo explicar que: *"[...] cuando un oficial de policía advierte una conducta extraña que razonablemente lo lleva a concluir, a la luz de su experiencia, que se está preparando alguna actividad delictuosa [...] tiene derecho [...] a efectuar una revisión limitada de las ropas externas de tales personas [...]".*

Posteriormente, el citado tribunal se expidió acerca de la legitimidad de los arrestos y requisas sin orden judicial que no tenían como sustento la existencia de "causa probable", sino la de "sospecha razonable", de cuyo concepto refirió que: *"[...] es necesario que sea flexible, y de estándar inferior del primero [...]"* (precedente "Alabama v/ White", 496, U.S. 325, del año 1990 (confr. C.S.J.N., Fallos: 326:41).

Bajo el imperio de las pautas arriba descriptas, se torna patente que la diligencia que dio génesis al presente proceso resultó legítima en tanto y en cuanto al momento de detener y requisar al encartado concurrían aquellas circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitían justificar esa medida (art. 230 bis del código adjetivo).

Para demostrar cuan acertada es mi conclusión no debo más que remontarme al momento de interceptarse al acusado, por cuanto, para entonces, la prevención tenía para sí la posibilidad de que el encartado estaba infringiendo la ley. En efecto, el Sargento Ezequiel Mautouchet declaró sobre las tareas de investigación encomendadas y la detención de J.D.A., desarrollada a partir de aquéllas.

Así, el testigo refirió en la audiencia de debate que *"...tomó conocimiento del robo y las heridas de bala al gendarme durante la mañana siguiente a los hechos y comenzó a investigar alrededor de las 7.30 horas. Que fue a marcar un domicilio en la calle Eucaliptus cerca del Camino del Buen Ayre, y vieron a una persona parada que se dio a la fuga, y la siguieron subiendo escaleras, aprehendiéndolo en el techo, portando consigo una pistola 9mm marca Browning"*, por lo que solicitó refuerzos y llevaron al detenido a la comisaría, quien se identificó como D.A., aunque luego el jefe de calle (de apellido Cabrera) les hizo saber que, en realidad, era J. D.; y agregó que el arma se encontraba pronta a ser utilizada, ya que tenía bala en recámara y seis o siete proyectiles, y que pudo dar con A. pues F., que había sido reconocido por su compañero Cano, andaba siempre con los hermanos A.

Conforme surge del acta de procedimiento obrante a fs. 27, dicho oficial, en el marco de tareas de investigación en torno al domicilio de D.J.A. -quien en realidad era el encartado J.D.A.-, sito en la calle Las Petunias y Los Eucaliptus de la localidad de Loma Hermosa, lo observó en la vereda y le impartió la voz de alto, ante lo que el sospechoso se dio a la fuga, dándose una persecución que culminó con su reducción, y secuestrándosele de entre sus ropas una pistola marca Browning, calibre 9 mm., con su numeración suprimida, con cargador colocado dentro del cual había cinco proyectiles intactos.



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

En definitiva, de cuanto precede, no puede arribarse a una conclusión distinta de que existieron sobradas circunstancias para proceder de acuerdo a lo previsto en el art. 230 bis del código adjetivo, ya que el personal de prevención se encontró ante *"las circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitían justificar dicha medida respecto de persona o vehículo determinado"* (apartado "a" de la misma norma).

Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde rechazar la solicitud nulificante incoada por la defensa oficial durante el término de oficina.

X. Tanto la defensa oficial como el asesor de menores de J.D.A. postularon la nulidad de los reconocimientos en rueda de personas realizados por Quinteros y Toledo ante el Fiscal provincial, tras sostener que se había incumplido con lo previsto en el art. 258 del C.P.P.B.A. (interrogatorio previo), ya que se había realizado una mera remisión genérica a sus declaraciones anteriores; agregando el asesor que del debate surgió que a dichos testigos se les habría indicado a quien marcar previo al reconocimiento.

En primer término, el agravio referente a una supuesta indicación de los acusados previo al reconocimiento en rueda de personas resulta ser una reedición del realizado en la etapa de juicio, el cual fue rechazado por los jueces de grado con suficientes fundamentos, sin que en esta instancia los recurrentes hayan logrado rebatirlos.

Cabe tener presente que en la audiencia de debate, el testigo Javier Ernesto Toledo declaró que *"...se encontraba mirando la televisión en su casa, mientras su madre se encontraba en el living con un alumno, y escuchó a ella gritar y luego tres tiros. A partir de ello salió corriendo de la pieza y se dirigió al balcón, donde pudo ver el auto de*

Carlos, a alguien tirado del lado del acompañante -entre las macetas- y un una persona al lado de él, el más pequeño, mientras que otro más adulto se encontraba del lado del conductor. Y una tercera persona que vino corriendo de la esquina que subió corriendo al auto y huyeron rápido del lugar por la calle Solís con destino a la avenida Márquez". Asimismo, agregó que su madre había escuchado a alguien que manifestaba "tiene un arma", y que la distancia entre el balcón (ubicado en el primer piso del edificio) y el lugar de los hechos era de diez o quince metros, cruzando la calle y en diagonal, y que el hecho había sido a las 21.30 horas.

Por su parte, el testigo Pablo Maximiliano Quinteros relató que *"...el día del hecho estaba con su amigo Javier en la casa de éste cuando escuchó una serie de tiros y se asomaron al balcón y vieron a los chicos que se iban en un auto y a Carlos tirado en el piso boca abajo. Luego vio que uno subió atrás en el auto pisando al hombre y se fueron, que el conductor ya le vio adentro del auto, otro se tiró dentro del auto y luego bajaron a la calle mientras Carlos estaba con vida pero no recuerda haber hablado con él..."*.

Agregó que *"...en las ruedas de reconocimiento había señalado a un sujeto que le pareció que era el que se tiró adentro del auto y antes había pisado al hombre herido. Dijo recordar que eran tres en total, de los cuales uno subió corriendo al auto, otro manejaba y otro más que no recuerda..."*.

Dichos testimonios, pese a las críticas efectuadas por los recurrentes, son contestes con los resultados de las ruedas de reconocimientos realizadas.

Así, el testigo Pablo Quinteros identificó a A. como *"uno de los tres que subió al auto de Carlitos"* (cfr. fs. 168 y fotografías de fs. 169), y el testigo Javier Toledo también lo reconoció como una de las personas que había abordado el automóvil del gendarme, indicando *"...es el que salió corriendo*



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

para la esquina y volvió y se subió en el asiento de atrás" (cfr. fs. 170 y fotografías de fs. 171/2).

Si bien de la primera declaración de Toledo obrante a fs. 83/4 no surge que éste haya visto a una tercera persona, a fs. 165 la amplió y manifestó que *"...si bien en el momento en que declaró en testimonial en esta sede afirmó haber visto con precisión a dos de los que participaron en el hecho del que fue testigo, también vio a un tercer sujeto que corrió desde el auto del gendarme hasta la esquina de Artigas y Solis, o sea unos 15 pasos. A este sujeto no le llegó a ver bien las facciones faciales y por eso en el momento de su anterior declaración refirió que solo vio a los otros dos. Pero en el día de la fecha al volver a verlo en la rueda de reconocimiento, lo identificó inmediatamente sobre todo porque las características físicas eran las del sujeto que vio en el momento del hecho. Aclara además, que cuando le dispararon a Carlos el Gendarme, a este sujeto que vio correr hacia la esquina, luego lo vio a volver hacia el auto y subir en el asiento trasero, luego de lo cual los tres sujetos que habían subido al auto de Carlos huyeron..."*.

Por todo esto, entiendo que la nulidad debe ser descartada.

XI. Ambos recurrentes postularon la arbitrariedad de la sentencia por orfandad probatoria y falta de fundamentación.

A fin de reconstruir el hecho, el tribunal de juicio tuvo en cuenta -en oposición a lo alegado por las defensas- numerosa prueba de cargo que le permitió tener por probada la materialidad del hecho y la autoría del imputado.

El abordaje de los tres sujetos contra la víctima Carlos Tomás González se evidencia de las declaraciones testimoniales brindadas en la audiencia por Javier Ernesto Toledo y Pablo Maximiliano Quinteros, quienes se encontraban

en la casa del primero, enfrente del lugar de los hechos y a quince metros de distancia, aproximadamente, vislumbrando a los autores y reconociéndolos en el procedimiento realizado ante el Fiscal Provincial.

Tal como afirmó el Tribunal, ambos fueron contestes y verosímiles al describir la secuencia del hecho: "se encontraban mirando televisión en la habitación de Toledo cuando oyeron un grito de mujer (la madre del dueño de casa, Toledo), luego varios tiros y, al acercarse al balcón percibieron el cuerpo del vecino de ambos, Carlos, yaciendo en el puzo junto a las macetas de la panadería, boca abajo, mientras tres sujetos de corta edad se disponían a abandonar la escena. Uno de ellos ascendía al asiento del conductor, mientras otro lo hacía en el del acompañante y el tercero, que se había apartado unos metros, volvió desde la esquina de Solís y Artigas, tras ser convocado a gritos por los otros, se subió al rodado luego de patear la cabeza de González, que, como se dijo, ya se encontraba tirado en el piso tras ser alcanzado por dos proyectiles de arma calibre 9 milímetros".

Asimismo, cabe señalar que el a quo hizo prevalecer la versión de Toledo por sobre la de Quinteros -atento a la claridad en su exposición, y a su espontaneidad y coherencia con lo manifestado en las distintas citas- quien, al declarar en el debate, dijo no recordar mucho sobre los hechos, recuperando la memoria al momento de leerse las declaraciones anteriores brindadas. Esto explica la falta de claridad de Quinteros al referir la falta de luz tanto en la calle como en la panadería, por lo que se deben rechazar los cuestionamientos defensistas respecto a las contradicciones entre ambos testigos.

Por otra parte, los testigos Laura Vega Y José Cano -personal policial que realizó la persecución policial- dijeron que habían sido alertados por radio del acontecimiento ocurrido en la Panadería "Don Luis", por lo que se dirigieron



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

al fondo de la Villa Independencia, lugar en el que suelen abandonarse autos robados, vislumbrando circular a gran velocidad un auto similar al sustraído, por lo que comenzaron a seguirlo, viendo cómo dos de sus ocupantes descendieron del mismo y se perdieron en los pasillos del barrio de emergencia, mientras que quien conducía el rodado continuó la marcha a gran velocidad al advertir la presencia policial -quien fue luego reconocido por José Cano como A.F.-, abandonando finalmente el auto y cubriendo su huida con disparos.

Es de especial interés señalar que dentro del rodado se encontraron dos vainas servidas calibre 9 mm. que, conforme la pericia realizada, fueron eyectadas de la pistola incautada en poder de J.D.A. horas más tarde, además de la documentación del vehículo a nombre de Carlos Tomás González, sin haberse dado con el arma reglamentaria del nombrado gendarme.

También se tuvo en cuenta que, a partir del reconocimiento del menor A.F., y por disposición de la U.F.I. N° 6 del Departamento Judicial de San Martín, se encomendó al Oficial de Policía Ezequiel Mautouchet que realizara, de manera encubierta, tareas de investigación, estableciendo el nombrado que el menor A.F. había participado de los hechos con J.D.A. y D.J.A. Debido a ello, el preventor, junto con el oficial principal Daniel Gil y el teniente Mauri, fueron al domicilio de D.J.A. para describirlo y, dispuestos a extraer placas fotográficas, vieron sobre la vereda un peatón de similares características a D.J.A., por lo que impartieron la voz de alto, la que no fue acatada, iniciándose así una persecución que terminó con la captura y el hallazgo de la pistola calibre 9 mm., con numeración limada, que resultó ser la misma que había disparado los proyectiles que terminaron con la vida de González, tal como surge de la pericia de fojas 148/153. Si bien al identificarse, el detenido dijo ser

D.J.A., en realidad se trataba de J.D.A., quien en su indagatoria de fs. 92/3 reconoció haber utilizado el nombre de su hermano menor ya que sabía que sobre él pesaba orden de captura.

El *a quo* tuvo por probada la intención de resistir el asalto por parte de la víctima no solamente debido a su condición de gendarme armado en funciones sino por el lugar del cuerpo por el cual ingresaron las balas y la posición en la que el mismo fue hallado, esto es, junto a la puerta del acompañante y no habiendo manchas hemáticas dentro del rodado.

Según surge del informe obrante a fs. 127/7 que detalla las causales de la muerte de González, el óbito obedeció a las lesiones glúteo abdominales que presentaba el cuerpo, producto de los proyectiles de arma de fuego recibidos, identificándose lesiones "en antebrazo y muñeca izquierda compatible con sujeción".

Merece especial atención resaltar que el proyectil extraído del cuerpo de González había sido disparado "por el cañón de la pistola de marras", esto es, la pistola Browning calibre 9 mm. que tenía J.A. en su cintura al momento de lograrse su detención (cfr. pericia balística obrante a fs. 148/53 y declaración del subcomisario Juan José Lema en el debate).

De la reseña precedente, entonces, surge que los señores magistrados de la instancia anterior arribaron a la decisión puesta en crisis tras realizar un análisis crítico, razonado y circunstanciado de las constancias del proceso, que les permitió llegar a la certeza apodíctica requerida para sustentar una sentencia de condena, expresando los fundamentos de hecho y de derecho.

Ello por cuanto, sumadas que fueron las declaraciones de los testigos del proceso y los demás elementos de cargo (actas de procedimiento, pericias, etc.), se demostró



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

claramente la existencia del hecho y la responsabilidad criminal del imputado en su comisión.

Es que las probanzas de la causa no pueden ser consideradas aisladamente sino valoradas en su conjunto, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de confrontación, conforme con las reglas de la sana crítica. Y los jueces han valorado las pruebas colectadas y dado razones acerca de cómo con ellas llegaron a la decisión recurrida.

En razón de todo ello, los recursos intentados, fuera de manifestar discrepancia con el resultado alcanzado, no han logrado demostrar cuáles serían los defectos de motivación del pronunciamiento ni de qué manera se habría incurrido en violación de las reglas de la sana crítica, ya que el *a quo* consignó los argumentos que determinaron la resolución de manera que fuera controlable el *iter* lógico seguido para arribar a la conclusión, evidenciando así que realizó una apreciación de las pruebas que en los recursos no se comparten pero que se halla exenta de la tacha de ilogicidad e incluso a resguardo de la de arbitrariedad de sentencias.

Al respecto, cabe recordar que la doctrina de la arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta ausencia de fundamentación (Fallos: 295:140, 329:2206 y sus citas; 330:133, entre otros). De allí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido de modo reiterado que dicha doctrina no es invocable en tanto la sentencia contenga fundamentos jurídicos mínimos que impidan su descalificación como acto judicial (Fallos: 290:95; 325:924 y sus citas, entre otros), déficit que, vale señalar, no ha sido demostrado por los recurrentes. De ahí que no pueda seguirse a las partes en la arbitrariedad que plantean.

Así entonces, concluyo que la sentencia se encuentra debidamente fundamentada sin que se adviertan quiebres o fisuras lógicas en el razonamiento desarrollado por los juzgadores que autoricen la tacha invalidante postulada por la defensa, ya que luce con fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden su descalificación como acto jurisdiccional válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre muchísimos otros).

XII. Ambos recurrentes se agraviaron respecto a la significación jurídica del hecho, esto es, el delito de homicidio *crimins causae*.

El asesor de menores entendió que no se había probado la conexión subjetiva entre el homicidio y el robo, ni se había determinado quién había realizado el disparo, ni la participación de su asistido, postulando la absolución en base al principio *in dubio pro reo*.

La defensa, por su parte, destacó la ausencia de motivación del decisorio respecto a la significación postulada, entendiendo que era necesario que el homicidio se planeara previo al hecho.

La diferenciación entre las figuras del art. 80 inc. 7 y 165 del CP resulta bien explicada por el Prof. Donna, que indica que "*ambos tipos son sin duda dolosos [...] lo que diferencia al art. 80, inc. 7 es el dolo, que debe ser directo, y la conexidad con el otro delito [...] la agravante que contempla el artículo 80, inciso 7 del Código Penal requiere, para su configuración, que se plasme el nexo psicológico entre el homicidio y la otra figura delictiva, es decir que para que exista la concurrencia de la agravante en cuestión no siempre es necesario una preordenación anticipada, ya que la ley únicamente exige que el fin delictuoso funcione como motivo determinante del homicidio, lo que no requiere indefectiblemente una reflexión, sino sólo una decisión, que puede incluso producirse súbitamente en la ejecución del*



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

hecho" (Donna, Edgardo A.; Derecho penal. Parte Especial, Tomo 1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 51).

De esta manera, en orden a reflexionar sobre las circunstancias que rodearon la muerte de González, no caben dudas acerca de que fue motivada en el hecho anterior de robo, y si bien, quizás o probablemente, decidida en el momento por los imputados, el hecho de que se haya disparado dos veces contra la víctima, desde una distancia muy corta y por la espalda, venciendo así su resistencia, demuestra el fin de garantizar la consumación del robo del vehículo.

Prueba de ello son tanto el lugar del cuerpo por el cual ingresaron las balas como las lesiones en antebrazo y muñeca izquierda "compatible con sujeción", así como la posición en la que se encontraba la víctima, esto es, sobre la vereda y junto a la puerta del acompañante de su rodado.

Con respecto a lo alegado por los recurrentes acerca de que no se determinó quién fue el autor del disparo, sí se logró acreditar, en base a la prueba incorporada, que A., junto con su hermano y F., fueron quienes abordaron a la víctima, dominando funcionalmente el hecho y asumiendo las consecuencias que podían generarse al hacerlo en horas de la noche, en banda, y con, al menos, un arma de guerra apta para el disparo, sumado a que al imputado se le secuestró el arma homicida.

Por estas razones, el encuadre típico del artículo 80, inciso 7, del CP resulta adecuado.

XIII. Zanjada la cuestión anterior, pasaré a analizar el agravio interpuesto por los recurrentes que cuestionaron la arbitraria fundamentación de la resolución en lo referido a la necesidad de aplicación de una sanción penal.

Cabe recordar que el "*corpus iuris*" específicamente aplicable en materia de 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.

En particular, la Convención sobre los Derechos del Niño (ley de implementación N° 23.849 Promulgada de hecho: Octubre 16 de 1990) configura un estatuto especial respecto de toda persona que no haya cumplido los dieciocho años de edad (art. 1) con enunciación de derechos y garantías adicionales a las que se reconocen y aseguran a los mayores de esa edad a través de otros instrumentos internacionales de Derechos Humanos, poniendo en cabeza del Estado complejas obligaciones de protección y asistencia a los niños y a sus padres o personas encargadas de ellos, así como especiales deberes de abstención.

Al respecto, no es posible soslayar que el Comité de los Derechos del Niño, intérprete de dicha Convención, recomendó a los Estados Parte asegurar la total implementación en la justicia penal juvenil de los estándares de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular sus arts. 37, 39 y 40, así como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD).

En función de ese marco normativo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que *"los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos, y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado (Corte Interamericana de*



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, párr. 54)", cuyo "reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica" (cfr. "M., D.E. y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado -Causa N° 1174-", rta. el 07/12/05, Fallos: 328:4343, cons. 32 -in fine- y 33).

Desde esa perspectiva, el principio general de política criminal, que caracteriza al derecho penal como la última ratio del ordenamiento jurídico, extrema su vigor cuando de menores infractores se trata. A punto tal que la Convención sobre los Derechos del Niño expresa y, específicamente, prescribe, que **"La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda"**. (art. 37.b., el destacado me pertenece).

En consonancia con ello, 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 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 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, 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.).

Asimismo, de la disposición surge que la necesidad de pena se sustenta en cuatro criterios: las modalidades del



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

hecho, los antecedentes del imputado, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez o tribunal.

Por ello, nuestro Máximo Tribunal 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"* para, sobre esa base, concluir 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, ya citado, cons. 35).

Ahora bien, merece destacarse que la posibilidad que tienen los tribunales de eximir de pena o aplicarle una escala penal reducida a una persona culpable de un delito cometido cuando tenía entre dieciséis y dieciocho años de edad, en función del art. 4 de la ley 22.278, constituye una facultad legal de dichos órganos colegiados y no un derecho absoluto del imputado.

Cabe señalar que el Tribunal de grado concluyó que *"Como corolario del tratamiento tutelar, puede observarse una favorable evolución a lo largo de gran parte del seguimiento, lo cual fue corroborado en la audiencia por la Licenciada Manzi, aunque, a mi criterio, debe evaluarse junto con los episodios de fuga y de violencia narrados por ella misma y la dificultad que ostentaba el joven para poner en práctica lo que se conversaba. Por tanto, esa incipiente evolución resulta, a las claras, insuficiente si de absolverlo se trata."*

En este sentido, la extrema gravedad del injusto cometido, lo que quedó evidenciado en la audiencia, demuestran que la responsabilidad que le cupo en los hechos fue altamente dañosa -pues terminó con una joven vida, destrozando, por ende, una familia- siendo, a mi criterio, necesario que entienda ello y tome conciencia de la gravedad de su conducta y las consecuencias que de aquella se generaron. Correspondiendo, por tanto, evaluar la evolución detectada, si correspondiere, al momento de aplicar una reducción en la escala punitiva por el hecho por el cual se lo declaró responsable”.

En atención a lo hasta aquí expuesto, advierto que, contrariamente a lo sostenido por los recurrentes, el Tribunal de grado obró con estricto apego a lo establecido en el art. 4 de la ley 22.278, habiendo meritado objetivamente la gravedad y modalidad de los hechos, la reiteración de la conducta delictiva, el resultado del tratamiento tutelar, su historia de vida y su edad al momento de los hechos. Dicho razonamiento fue el que llevó a dicho órgano colegiado a desechar fundadamente la absolución del encartado e imponerle una pena, armonizando la legislación sobre el régimen penal de menores con las finalidades y objetivos de la normativa internacional de rango constitucional.

Es decir, el tribunal a quo 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.

Consecuentemente, es a todas luces evidente que la necesidad de la aplicación de pena fue fundada en los postulados de la prevención especial y de la resocialización del imputado.

Por ello, el agravió será rechazado.

XIV. Finalmente, y de manera subsidiaria, los recurrentes se agraviaron del monto de pena impuesto,



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

postulando que era arbitraria y excesiva al haberse apartado, sin fundamento, del mínimo legal.

Ahora bien, la determinación e individualización de la pena ha de ser traducida como *"la cantidad y calidad de poder punitivo que se ejerce sobre una persona criminalizada que, junto con su modo de ejercicio, la agencia judicial determina en la sentencia definitiva"* (cfr. D'ALESSIO, Andrés José, Código Penal Comentado y Anotado -Parte General-, Buenos Aires, La Ley, 2007, pág. 422 y ss.). Para tal fin, el juez determinará la pena aplicable al autor, debiendo ponderar para ello las pautas fijadas por los artículos 40 y 41 del CP, estas son: las circunstancias atenuantes y agravantes particulares del caso como así también las circunstancias objetivas vinculadas al hecho delictivo imputado.

Fijado ello, corresponde recordar que el tribunal de mérito, al graduar la pena en los términos de los arts. 40 y 41 del Código Penal, tuvo en cuenta como atenuantes su juventud, la escasa formación educativa, y la poca atención de sus padres, lo que derivó en su consecuente desarraigo afectivo, y *"...la situación que derivó en su inclusión en un grupo social negativo para su desarrollo, que lo privó del aprendizaje de valores (...) que posibilitaran su normal inserción en la sociedad y que, merced a ello, derivó en la situación de vulnerabilidad propia de quienes, por la falta de todos esos principios, no pueden reconocer ni respetar los límites de las normas que gobiernan una convivencia social pacífica y civilizada"*, sumado a que *"...la relación con su hija lo lleva a ver hacia el horizonte un futuro que intenta ser mejor que su pasado, su vínculo con la niña pareciera que oficiara de norte para su mejora continua y que podría configurar la llave a la revinculación con el consorcio*

societario que voluntariamente rechazara, a través de conductas disvaliosas socialmente”.

Como circunstancias agravantes, el tribunal de juicio valoró *“...la naturaleza y modalidad del hecho atribuido, en particular, su gravedad y la violencia utilizada para cometerlo, como también el desprecio por el bien jurídico afectado máspreciado -la vida- y el consecuente perjuicio ocasionado a la familia de la víctima que se quedara sin sostén y figura paterna”* y su intento de fuga *“...que causándole lesiones graves que provocaron su internación en el Hospital Vélez Sarsfield de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.*

Asimismo, ponderó como agravante que, internado en el nosocomio y disconforme con la dosis de calmantes suministrados, haya generado una reacción desmedida de su parte, rompiendo con un golpe de puño de su mano enyesada el vidrio de la habitación del hospital en el que se encontraba internado, valorando el *a quo* que dichos episodios acentuaban el déficit de comprensión de las normas.

En función de estas circunstancias, y teniendo presente su minoridad al momento del hecho, el Tribunal Oral aplicó a A. la pena de trece años de prisión utilizando el mecanismo facultativo de la reducción de la punición de acuerdo a las reglas de la tentativa (art. 44 del CP).

Es así que, motivadamente, se le impuso una sanción penal significativamente menor a la que le hubiere correspondido de habersele aplicado la pena correspondiente al delito consumado. 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 sobre los Derechos del Niño).

Corresponde concluir, entonces, que la punición elegida resulta proporcional a la culpabilidad del encartado



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

en los hechos *sub-examine*. En efecto, lo *ut supra* expuesto es cabal muestra de que el tribunal colegiado, llamado a individualizar la pena que debería purgar el condenado -a contramano de lo señalado por las partes recurrentes-, evaluó debidamente las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, atendiendo, asimismo, a su minoridad; y, por añadidura, fundó correctamente la respuesta estatal punitiva en la medida en que guarda correlato con la gravedad de la deslealtad del acusado para con la normativa penal vigente.

En definitiva, un sistema penal funcional no puede compatibilizarse *a priori* con la función de la dirección de la conducta, sino sólo con la función de aseguramiento de las expectativas (LESCH, Heiko Hartmut, op. cit. pág. 206).

Ello se halla en concordancia con la finalidad que confiero a la pena en el ámbito del derecho penal, cual es la conservación o incolumidad del sistema represivo y la confianza de los individuos en el buen funcionamiento de éste (bien jurídico-penal), es decir, como reacción necesaria de la sociedad para asegurar la vigencia efectiva (reconocimiento) de sus normas y restablecer la confianza institucional en el sistema; "La pena hay que definirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino con la estabilización de la norma lesionada [...].

La misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales [...]. El derecho penal se legitima formalmente mediante la aprobación conforme a la Constitución de las leyes penales. La legitimación material reside en que las leyes penales son necesarias para el mantenimiento de la forma de la sociedad y del Estado. No existe ningún contenido genuino de las normas

penales, sino que los contenidos posibles se rigen por el respectivo contexto de la regulación. Al contexto de la regulación pertenecen las realidades de la vida social así como las normas - especialmente las jurídico-constitucionales. La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y en la exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas" (cfr. Günther Jakobs, "Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación", Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1995, págs. 9, 14 y 44/45 -en tal dirección, entre muchos otros, ver mi voto en el expediente Nro. 561/2013, Reg. Nro. 2413, "Hernández, Elías Nicolás s/rec. de casación", rta. el 11 de diciembre de 2013).

Por otra parte, respecto a las manifestaciones referidas a la doble valoración, cabe señalar que el hecho es el primer punto de partida para graduar la sanción donde resulta decisivo saber cuáles fueron los medios empleados, hora, lugar, y dichas circunstancias sirven para demostrar la gravedad del suceso. Analizar lo precedente no significa realizar una doble valoración, puesto que ya constituye el fundamento del tipo penal, sino que es necesario a fin de tomar en cuenta las circunstancias para evidenciar la intensidad con que se manifestó el hecho (cfr. Ziffer, Patricia; "Lineamientos de la determinación de la pena", Buenos Aires, 2005, págs.. 130/1).

Por lo expuesto, concluyo que la condena impuesta posee una fundamentación suficiente y, en consecuencia, se halla ajustada a derecho sin registrar vicios de motivación en su determinación que configuren un supuesto de arbitrariedad.

XV. En definitiva, propicio al acuerdo rechazar los recursos de casación interpuestos por la defensa oficial y por



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

el asesor de menores, sin costas en la instancia (arts. 470 y 471 *a contrario sensu*, 530 y 532 -en función del art. 22, inc. d), de la ley 27.149- del C.P.P.N.).

El señor juez doctor Carlos A. Mahiques dijo:

En razón de las particulares circunstancias de la causa, adhiero a la solución propuesta en el voto del doctor Gemignani, con imposición de costas al Defensor Público Oficial y al Defensor de Menores e Incapaces.

El señor juez doctor Eduardo Rafael Riggi dijo:

Las plurales consideraciones vertidas por el doctor Juan Carlos Gemignani en su voto, que ya cuenta con la adhesión del doctor Mahiques, a cuyos fundamentos cabe remitirse a fin de evitar repeticiones inútiles, permiten descartar la existencia de nulidades, arbitrariedad, vicios de logicidad o fundamentación capaces de provocar una errónea aplicación de la ley sustantiva, así como en la mensuración de la pena finalmente impuesta al condenado J.D.A. de conformidad con la escala penal reducida prevista en el artículo 4 de la ley 22.278, en función del artículo 44 del Código Penal.

En tal sentido, tan solo habremos de recordar que al emitir nuestro voto en la causa n° CCC 64290/2013/TO1/1/CFC1 "*BAEZ GOMEZ, Jonathan Gabriel s/recurso de casación*", reg. 1389/15 del 26/8/2015, sostuvimos que del juego armónico de los artículos 2°, 3° y 4° de la Ley 22.278 (Régimen Penal de la Minoridad) se desprende que ante un hecho delictivo cometido por un menor de entre 16 y 18 años de edad, se deberá someterlo a proceso, declarar (si corresponde) su responsabilidad, disponer su internación en un instituto apropiado para que realice un tratamiento tutelar, y, en base al resultado del referido tratamiento, se lo podrá absolver o se le impondrá una pena, para lo cual los jueces sentenciantes tienen la posibilidad de utilizar la escala completa del tipo

penal respectivo o una escala reducida conforme con las reglas de la tentativa.

En el *sub examine*, como bien señala el doctor Gemignani en su voto, el Tribunal de grado, indicó las razones que impedían acceder al beneficio absolutorio contemplado en el mismo artículo 4 de la ley 22.278 y por los que en el caso debía imponerse pena al nombrado J.D.A. y en el legítimo ejercicio de las atribuciones que a los jueces sentenciantes les confiere la ley (artículo 4° de la Ley 22.278), le impuso una pena -en base a la escala reducida- de trece años de prisión y accesorias legales, siendo además los motivos expuestos por los señores magistrados, suficientes para justificar la determinación de la sanción impuesta (cfr. nuestros votos en las causas N° 80 "Paulillo, Carlos Dante s/ rec. de casación", Reg. N° 111 del 12/4/94; causa N° 181 "Sassoon Attie, Raúl Nissim s/recurso de casación" Reg. N° 177/94 del 17/11/94; N° 502 "Arrúa, Froilán s/ rec. de casación", Reg. N° 185/95 del 18/9/95; N°1357 "Canda, Alejandro s/ rec. de casación", Reg. N° 70/98 del 10/3/98; N°2124 "Anzo, Rubén Florencio s/ rec. de casación", Reg. N° 632/99 del 22/11/99; N° 1802 "Grano, Marcelo s/ rec. de casación", Reg. N° 186/2002 del 22/4/2002, entre muchas otras; y asimismo las causas N° 18 "Vitale, Rubén D. s/rec. de casación" Reg. N° 41 del 18/10/93; N° 25 "Zelikson, Silvia E. s/rec. de casación" ya citada; N° 65 "Tellos, Eduardo s/rec. de casación" ya citada; N° 135 "Risso de Osnajansky, Nelly s/rec. de casación" Reg. N° 142/94 del 18/10/94; N° 190 "Ruisanchez Laures, Ángel s/rec. de casación" Reg. N° 152/94 del 21/10/94; todas de esta Sala III, entre muchas otras).

En tales condiciones y por compartir sustancialmente el certero análisis efectuado, habremos de acompañar el rechazo de los recursos de casación deducidos por el asesor de menores y por la defensa, con la salvedad que el rechazo debe



Cámara Federal de Casación Penal

Sala III
Causa N° FSM 66291/2014/TO1/CFC6
"A., J. D. s/recurso de casación"

ser con costas (arts. 470, 471 a contrario sensu y 530 y 531 del C.P.P.N.).

Tal es nuestro voto.

Por ello, y en mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE: RECHAZAR** los recursos de casación interpuestos por la defensa oficial y por el asesor de menores, por mayoría, con costas en la instancia (arts. 470 y 471 -a contrario sensu-, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada N° 42/15 C.S.J.N.) y remítase la causa al Tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Sirva la presente de atenta nota de envío.