

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 22699/07 STJ

SENTENCIA Nº: 134

PROCESADO: C. M.A.

DELITO:HOMICIDIO SIMPLE

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 30-09-08

FIRMANTES: SODERO NIEVAS – BALLADINI – LABORDE LOZA
(SUBROGANTE) EN ABSTENCIÓN

///MA, de septiembre de 2008.

----- Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Víctor Hugo Soderó Nievas, Alberto Ítalo Balladini y Fernando Laborde Loza -por subrogancia-, con la presidencia del segundo y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “C., M.A. s/Homicidio simple s/Casación” (Expte.Nº 22699/07 STJ), y concluida la deliberación, se transcribe a continuación el acuerdo al que se ha arribado en atención a las prescripciones del art. 439 del Código Procesal Penal (Ley P 2107), con el planteo de la siguiente:- - - - -

C U E S T I Ó N

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

V O T A C I Ó N

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

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

-----1.1.- Mediante Sentencia Nº 41, del 21 de noviembre de 2007, la Sala A de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial resolvió –en lo pertinente-: 1) condenar a A.M.C. a la pena de quince años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de homicidio simple (art. 79 C.P.); 2) unificar esa pena con la impuesta por la misma Cámara con fecha 06-07-07, en el Expte.Nº 229/98/06, de un año y seis meses de prisión en suspenso, en

la pena única de quince años de prisión, accesorias legales y costas, como autor de los delitos de homicidio simple y robo con arma de fuego no habida en grado ///2.- de tentativa en concurso real (arts. 79, 166 último párrafo, 42, 55 y 58 C.P.; fs. 705/712 y vta.).- - - - -

-----1.2.- Contra lo decidido, los doctores Ovidio Nazario Castello y Virginia Francioni, defensores de A.M.C., dedujeron recurso de casación (fs. 721/728), que fue declarado admisible por el a quo (fs. 730/731) y por este Superior Tribunal mediante el Auto Interlocutorio N° 23/08 (fs. 810/811), por lo que se dispuso que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por parte de los interesados. A fs. 814/822 se agrega el dictamen de la señora Procuradora General, en el que propicia rechazar el recurso de casación interpuesto. Realizada la audiencia prevista por los arts. 435 y 438 del código adjetivo (Ley P 2107), los autos han quedado en condiciones para su tratamiento definitivo.- - - - -

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

----- En lo sustancial, la parte recurrente sostiene que en la sentencia se efectuó una errónea aplicación de la ley sustantiva y se incurrió en violación de la doctrina legal de la norma formal de los arts. 369 y 375 inc. 3° del código de rito, que consagra el sistema legal de apreciación de la prueba (error in iudicando), por omisión dirimente de elementos de prueba esenciales colectados y por su valoración arbitraria. Así, entiende que la resolución vulnera la sana crítica y la lógica en la apreciación probatoria, por lo que resulta nula.- - - - -

----- Los letrados refieren además que la condena se ha basado en atribuir al clamor popular la categoría probatoria, dado que en todo su desarrollo el a quo no pudo ///3.- probar la participación de su defendido.- - - - -

----- Afirman que el Tribunal omitió valorar los testimonios de R.A.P., M.A.S., O.O. O. y J.A.S., que demuestran la mendacidad de B., como así también el peritaje balístico realizada por el Gabinete de Criminalística de la Policía de Río Negro sobre el arma secuestrada, que no pertenecía a su defendido.

----- Luego analizan las pruebas que merituó el sentenciante, y señala que a su criterio resultaron indebidamente valoradas. Señalan que el Tribunal vertebra la condena en la declaración testimonial mendaz de J.R.B. y realiza una interpretación subjetiva del testimonio de E.A.D.- - - - -

----- Por último, destacan que se aprecian de manera absurda los elementos de la causa, los que, por tratarse de cuestiones dirimentes para la construcción de su solución

condenatoria, privan de fundamentación suficiente a sus conclusiones.- - - - -

- - - - -

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

----- La señora Procuradora General señala que del análisis de los motivos brindados por el Tribunal sentenciante y su confrontación con los argumentos de los presentantes surge que no se han logrado demostrar las carencias en la fundamentación que derivarían en la arbitrariedad esgrimida, por lo que tan sólo queda el particular punto de vista de la defensa respecto de lo sucedido, pero en modo alguno los importantes vicios denunciados. Por ello, opina que corresponde rechazar el recurso de casación impetrado en representación de A.M.C.- - - - - ///4.--4.- Contestación de la parte querellante particular:-

----- Los abogados apoderados de los querellantes contestaron el recurso de casación y solicitaron la confirmación de la sentencia recurrida en todos sus términos. Reseñan los agravios del recurso y exponen los argumentos por los cuales entienden que se los debe desechar (fs. 824/826 y vta.).- - - - -

-----5.- Hechos reprochados y de condena:- - - - -

----- De la requisitoria fiscal de elevación a juicio efectuada a fs. 501/507 surge el hecho atribuido descripto de la siguiente forma: “El mismo aconteció el día 26 de mayo de 2006 en horas no precisadas con exactitud pero ubicables antes de las 18:59 hs. en la esquina de calles 19 y 12 del Barrio Lavalle de esta ciudad de Viedma, en circunstancias en que M.A.C. que transitaba en bicicleta por calle 19, tras descender de la misma comenzó a efectuar una serie indeterminada de disparos con un arma de fuego contra J.R.B. y C.I. quienes se encontraban en la garita de colectivos ubicada en la mencionada esquina. Acto seguido, B. emprendió la huida por calle 12 haciendo lo propio I. por calle 19 mientras que el imputado C. nuevamente comenzó a disparar contra éste último, impactando uno de dichos disparos en el cuerpo de la víctima I. en la región de la espalda causándole una lesión que le provocó la muerte (conf. Informes médicos de fs. 12 y 69/70)” (ver fs. 649 –acta de debate- y fs. 705/vta. y 707 vta. –sentencia-).- - - - -

-----6.- Prueba valorada por el Tribunal inferior:- - - - -

----- Del voto que comandó el acuerdo –al cual adhirieron ///5.- las restantes vocales- surge que se ponderaron las constancias que permitieron arribar a la certeza requerida, prescindiendo de las que resultaron inocuas para llegar a la verdad buscada.- - - - -

- - - - -

----- En este sentido, el sentenciante merituó como prueba de cargo concordante: las testimoniales de B., D. –con la percepción del temor de la testigo-, B., T., C. y S.; las constancias médicas de fs. 12/13; el Informe de Autopsia de fs. 69/70 vta., y el Informe de Laboratorio sobre la toma de restos de deflagración de pólvora sobre las manos del imputado.- - - -

----- Sobre “el clamor popular que decía que C. era el autor de los disparos”, el a quo discrepa con la significación probatoria que la Fiscalía y el querellante particular le asignan a esa circunstancia, ya que “flaco favor le haríamos al sistema de garantías sabiamente receptadas por los textos constitucionales y procesales en el orden nacional y provincial se le atribuyéramos tal eficacia. ...” (fs. 709 vta.).- - - - -

----- En cuanto “a las pericias efectuadas sobre el arma secuestrada en autos y las diferencias existentes entre las mismas, nada consider[ó] pues entendi[e] que de modo alguno puede establecerse una relación entre aquélla y la utilizada en el hecho que nos ocupa, razón por la cual carece de interés y utilidad su análisis” (fs. 710).- - - - -

-----7.- Análisis de los agravios:- - - - -

----- En lo que sigue analizaré cada uno de los agravios expuestos en el recurso de casación, los cuales –adelanto- carecen de eficacia impugnatoria.- - - - -

///6.--a) “Atribución al clamor popular categoría probatoria” (fs. 722 vta./723): Al respecto, la “defensa está convencida” de que el fallo atacado basó “su condena precisamente en atribuir a ese clamor popular la categoría de prueba”.- - - - -

- - - - -

----- Sin embargo, esa íntima convicción de la parte recurrente desatiende la expresa motivación del a quo en cuanto desecha el “clamor popular” como indicio probatorio, y así el agravio es improcedente porque no se ajusta a las constancias de la causa.- - - - -

- - - - -

-----b) Omisión del testimonio de R.A.P. (fs. 723/vta.): En este punto, los letrados sostienen que tal testimonio “cobra significativa importancia en el análisis de los hechos, primero porque dice que había más de una persona armada y segundo que desmiente en todo los dichos que el clamor popular, en forma inmediata, adjudicara la comisión del hecho dañoso a mi defendido, como pretende el fallo atacado” (fs. 723 vta.).- - - - -

----- De la declaración referida –que consta en el acta de debate a fs. 663/665- surge que la testigo “no sintió nada, porque su nieto estaba mirando televisión y con el bochinche no pudo escuchar nada. Que se enteró, cuando mandó a su nieta a comprar el pan y

volvió llorando y le dijo que no podía porque había muchachos en la calle con armas grandes. Salió y los vio. Cree que eran policías vestidos de civil los que llevaban las armas. Se quedó en la esquina de su casa y preguntó qué es lo que pasaba y alguien le dijo 'le tiraron a uno'. Que decidió ir a ver al herido y encontró un muchacho tirado con cinco personas a su alrededor///7.- aproximadamente..." (fs. 663 vta.).- - - - -

----- Entonces, es claro que la testigo sólo observó circunstancias posteriores al hecho objeto de reproche en autos, con lo cual no suma indicio probatorio ni de cargo ni de descargo, todo lo cual concuerda con la motivación del a quo en cuanto la descartó por inconducente para resolver.- -

----- "En este sentido, es dable recordar que los jueces están facultados para determinar la pertinencia y la procedencia de los medios probatorios ventilados en debate y para seleccionar aquéllos que estimen conducentes en relación con los hechos traídos a juicio. Así, D'Albora expresa que '\... el juez es libre para creer o no en el contenido de un testimonio o solo

en una parte, siempre que su valoración no sea contradictoria (ST Río Negro, LL, del 12/XII/1994, f.92.721)'\ (Francisco D'Albora, Código Procesal Penal de la Nación, Ed. LexisNexis-Abeledo Perrot, Tº II, pág. 898).- - - - -

----- "\El tribunal de mérito es libre en cuanto a la elección y análisis crítico de los elementos de prueba y en la determinación de los hechos que con ellas se demuestran. Su valor no está fijado, ni determinado y sólo al sentenciante corresponde evaluarlas y establecer el grado de convencimiento que puedan producir...\ (CNCP, Sala III, in re '\NOVOA'\, del 08-10-00, en LL 2000 - F, 911)" (Se. 242/07 STJRNSP).- - - - -

-----c) Omisión del testimonio de M.Á.S. (fs. 723 vta./724): Según la defensa, éste vio que B. le disparó a C., lo que corrobora la mendacidad de B. y de B. (fs. 724).- - - - -

- - - - - ///8.-- El testigo, empleado policial, declaró en la audiencia de debate de fs. 651 y, ante la falta de recuerdo, se incorporaron por lectura los renglones 16 a 19 inclusive de la declaración de fs. 92 (realizada ante el Juez de Instrucción). De su relato –ubicado en tiempo y espacio- surge que se encontraba de peatonal y tomó conocimiento a través del comando de que había una persona herida, por lo que se dirigió al lugar en un vehículo particular, oportunidad en la que "vio primero a C. como mirando desde la esquina de su casa hacia el lugar en donde habría ocurrido [el] hecho y luego vio a B. que pasaba en bicicleta y le efectuó dos o tres tiros".- - - - -

----- En concreto, los disparos referidos por Servidio son hechos posteriores al

investigado en autos.- - - - -

-----d) Omisión del testimonio de O.O.O. (fs. 724 y vta.): A criterio de los recurrentes, éste corrobora los dichos de S. (fs. 724).- - - - -

----- O.O.O. declaró en la audiencia de debate de fs. 678 y vta. y no se dejó constancia de sus dichos, por lo que es imposible realizar una revisión conforme el rendimiento del máximo esfuerzo, ya que se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas (conf. CSJN in re “CASAL”, considerando 24).- - - - -

- - - - -

----- En este sentido, este Cuerpo ha dicho: “En cuanto a la falta de transcripción en el acta de debate de los dichos de los testigos, con la consiguiente imposibilidad de su control en casación, si bien ante el nuevo rol que se pretende del recurso de casación como garantía de la doble ///9.- instancia es aconsejable cumplimentar tal requisito formal para que pueda ser controlada la racionalidad de lo valorado en la sentencia, el contenido del acta fue conformado por la propia Defens[a ...] que suscribió tanto lo referido a la primera jornada de debate... como las actas de la segunda... y la tercera..., por lo que no puede luego agravarse, en una conducta procesal contraria a la admitida.-

- - - - -

----- “[...] Inclusive, el art. 366 del rito [actual art. 371 Ley P 2107] posibilita al procesado pedir el registro de la audiencia, por su grabación o versión taquigráfica, lo que será obligatorio, de modo que el recaudo que se dice omitido se encontraba dentro de las atribuciones de la defensa y ésta no ejerció tal derecho, por lo que no cabe más que desestimar el planteo.” (Se. 210/07 STJRNSP).- - -

----- A mayor abundamiento, agregó que el testimonio de O. fue ofrecido como prueba dos días hábiles antes de iniciarse la audiencia de debate (ver fs. 647 y 649) y se insistió de forma fundada en su comparecencia en la continuación de la audiencia de fs. 661, oportunidad en la que el Fiscal de Cámara se opuso a la citación de O. “por entender que [era] extemporáneo e impertinente, porque no ilustrará al hecho investigado en autos ni fue ofrecido oportunamente [...L]a Sra. Presidente dispone hacer lugar a la petición del Dr. Castello respecto de[...] O.O.O., fundamentando lo dispuesto respecto de este último, que en orden a las circunstancias que han surgido del debate en cuanto al desarrollo del suceso se impone indagar todas las circunstancias aun las posteriores en tanto pueden ///10.- arrojar claridad sobre las supuestas motivaciones que desencadenaron el hecho” (fs. 661 vta.).- - - - -

----- Es decir que se desconoce de forma total lo relatado por O.O.O. en la audiencia de

debate, por lo cual –como antes dije- es imposible su revisión.- - - - -

-----e) Omisión del testimonio de J.A.S. (fs. 724 vta.): De acuerdo con la postura defensiva, este testigo dijo “que no vio el hecho y que tampoco vio en el lugar de los hechos a M.C. Que no conoce a la señora Angela Yancaqueo y que no viajó con ella hasta el Hospital de Viedma”, con lo cual viene a demostrar la mendacidad de B., que declaró que ella vio el hecho objeto de esta causa, y también de la mendacidad de las declaraciones de Angela Yancaqueo que en honor a la brevedad no menciona pero están probadas (fs. 724 vta.).- -

----- El testimonio de J.A.S. (ver acta de debate a fs. 662/663) fue seleccionado como inconducente para resolver y por ello se omitió toda referencia a él en la motivación de la condena. En cuanto a que demostraría la mendacidad de B., no contamos con el relato de éste (ver acta de debate a fs. 651), por lo que es imposible constatar el dato. No obstante, la impugnación carece de trascendencia, ya que el sentenciante no menciona la circunstancia del agravio, la que además se refiere a un hecho circunstancial y posterior respecto del reprochado.- -

----- J.A.S. dijo no conocer a Angela Yancaqueo (v. fs. 662), y la declaración de ésta no consta en el acta de debate (v. fs. 651 y vta.) ni fue ponderada por el Tribunal inferior, motivos por los cuales se///11.- desconocen el sentido y el alcance de la impugnación.- -

-----f) Omisión del peritaje balístico (fs. 724 vta./725 vta): La defensa alega que “... la Pericia Balística efectuada por la Policía de Río Negro a través de su Gabinete de Criminalística, determinó en forma concluyente que el arma homicida era la secuestrada al señor J.C.P... Que la Pericia efectuada por la Policía Federal Argentina, fue efectuada en un arma que estuvo 10 días en poder de su propietario y que el caño de la misma era desmontable y sustituible por otro...” (fs. 725).- - - - -

----- Para una mejor comprensión de la impugnación y el consecuente análisis, he de realizar una breve reseña de las circunstancias referidas al arma de fuego secuestrada, el proyectil extraído del cuerpo de la víctima y los peritajes relacionados.- - - - -

----- En el lugar donde se produjo la detención de M.C. había una gran cantidad de personas de entre las cuales salieron dos corriendo y, ante el reiterado pedido de los presentes, se procedió a interceptar a J.C.P., quien tenía bajo su campera un arma de fuego tipo revólver calibre 22, marca Doberman, de color negro, con empuñadura de plástico color negro y capacidad para diez alvéolos, que contaba en su interior con

nueve proyectiles, y a simple vista se divisa la numeración 03714. Se realizaron tomas fotográficas (ver acta de procedimiento, secuestro y detención de fs. 9/10), y en el informe de fs. 103/106 obran tales fotos.- - - - -

----- El Gabinete de Criminalística Viedma concluyó que el ///12.- proyectil extraído de la víctima C.I. pertenecía al calibre .22 centésimas de pulgadas largo y poseía calidad identificatoria (fs. 179/183).- - - - -

----- El mismo Gabinete informó que el arma se encontraba en buen estado de conservación, en buen funcionamiento y apta para efectuar disparos de manera normal (informe de fs. 267/270 no incorporado por su oralización al debate, ver fs. 703 y vta., y –de la sentencia- 705 vta. y siguiente no foliada).- - - - -

----- El Gabinete de Criminalística de General Roca realizó el peritaje de cotejo balístico del proyectil extraído del cuerpo de C.I. con seis proyectiles testigos recuperados del revólver calibre .22 largo marca Doberman 03714X, y concluyó que el primero fue disparado por el arma de la cual se obtuvieron los proyectiles testigos (conf. fs. 392/397).- - - - -

----- A su vez, la División Balística de la Superintendencia de Policía Científica de la Policía Federal Argentina realizó el peritaje que tuvo por objeto determinar si el proyectil incriminado fue disparado por el arma en cuestión e informó que no se estableció una relación de identidad entre el proyectil calibre .22 LR incriminado y el revólver de simple y doble acción calibre .22 LR marca Doberman, Serie X n° 03714 (fs. 453/458).- - - - -

----- Sobre estos últimos extremos, el a quo estableció: “Con relación a las pericias efectuadas sobre el arma secuestrada en autos y las diferencias existentes entre las mismas, nada consideraré pues entiendo que de modo alguno puede establecerse una relación entre aquella y la utilizada ///13.- en el hecho que nos ocupa, razón por la cual carece de interés y utilidad su análisis. Lo cierto es que se usó un arma de fuego, como lo acreditan las declaraciones testimoniales escuchadas y certificaciones médicas agregadas y que no ha podido certificarse que la misma haya sido incorporada a la causa” (vid. fs. 710).- - - - -

----- Coincido en que el arma secuestrada en autos en modo alguno puede relacionarse con la utilizada en el hecho que nos ocupa en función del sustento científico, procedimental y documental

del peritaje de fs. 453/458, que no sólo permite descartar la de fs. 392/397, sino que además concuerda con el restante material probatorio.- - - - -

----- Siguiendo este orden de ideas en cuanto a los peritajes, este Superior Tribunal de Justicia ha dicho que “[l]os jueces tienen el deber de dar un análisis desde el conocimiento empírico y la experiencia judicial y ponderarlo con las restantes pruebas. Las diferencias no pueden compararse como falsas oposiciones para unos parallogismos, sino de juicios críticos con base en el conocimiento científico que permita escoger o decidir desde la ciencia. [...] En síntesis, en vez de la falsa oposición entre dictámenes contrapuestos, debe hablarse de complementariedad, sujeción a determinado método, evaluación y resultado, de modo que pueda descartarse la mala ciencia o puedan tomarse los fundamentos que nos acerquen a un juicio de certeza. Este trabajo intelectual del juez no puede ser cumplido por el perito, ni sustituido por presunciones. [...] El artículo 247 último párrafo del Código Procesal [art. 243 del texto consolidado], en cuanto al dictamen y///14.- apreciación de la prueba pericial, exige al juez la valoración de los peritajes conforme con el principio de la libre convicción, para lo cual el legislador suministra al órgano judicial directivas flexibles, específicas para su examen de atendibilidad. [...] Tales directivas son enunciadas en el artículo 477 del Código Procesal Civil y Comercial, de aplicación supletoria: ‘La fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el Juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación, con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o letrados, conforme los artículos 473 y 474 y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca’. [...] Dichas pautas directrices, indicativas, son aceptadas con uniformidad por la doctrina, como requisito para una adecuada valoración conforme las libres convicciones: ‘En cualquier caso, si se quiere tener una adecuada valoración con las libres convicciones o asimilar los principios de valoración a las reglas de la sana crítica, el dictamen debe ser examinado teniendo en cuenta estas pautas: a) por la representatividad y concordancia que corresponda en función del petitorio y del interés del juicio, lo completo del dictamen... b) si hubiere más de un perito, por la concordancia o discordancia de sus posiciones y opiniones; c) por los principios científicos en que se funde y si éstos son determinantes y admitidos sin exclusión (como, p. ej., los de la física), o son variables y dependen de diversas teorías (como son los de la psicología); d) por el análisis ///15.- crítico, la lógica de los razonamientos y los fundamentos que aseguran aquellos principios con los requerimientos del caso concreto, por medio de las operaciones realizadas; e) por la exposición adecuada de los antecedentes, de los fundamentos y de las conclusiones; f)

por la jerarquía, antecedentes y prestigio del perito, es decir por su competencia objetivamente admitida; g) por su concordancia con el restante material probatorio, y h) por la comparación con al contraprueba que expongan los críticos como los consultores técnicos o los letrados\ (Enrique M. Falcón, \Tratado de la prueba\, 2, 89). [...] La temática en tratamiento también ha sido materia de preocupación en el sistema judicial norteamericano, en la adopción de criterios de valoración de la evidencia científica, que -es cierto- serían perfectamente congruentes con las anteriores mencionadas. Así, en el fallo \Daubert vs. Merrell Dow Pharmaceuticals\, del 28 de junio de 1993, el Tribunal Supremo Norteamericano estableció una serie de normas a la hora de examinar el testimonio de peritos médicos. En breve síntesis, ellas prevén determinar: a) si se pueden verificar las opiniones, afirmaciones o conocimientos científicos; b) si se ha publicado la teoría o técnica en una revista de prestigio que tenga un sistema de revisión por pares (\'peer review\'); c) cuál es la tasa de errores, o efectos no deseados (conocida o potencial), y d) cuál es el grado de aceptación o consenso sobre esa teoría o técnica en la comunidad científica. Por su parte, el Tribunal Supremo de Justicia de Texas agregó otras dos: e) en qué grado la técnica se basa en la interpretación subjetiva del experto, ///16.- y f) qué aplicaciones y usos no judiciales se han derivado de esta teoría (ver \La medicina basada en la evidencia en el sistema judicial norteamericano\, en www.cfnararra.es/salud/anales, págs. 1/6, 05-07-05). El fallo \William Daubert, et ux., etc., et al., petitioners v. Merrel Dow Pharmaceuticals, inc.\, Supreme Court of the United States, N° 92-102, puede consultarse en <http://straylight.law.cornell.edu>, págs. 1/13.- [...] Ocurre que la peritación es el medio empleado para transmitir y aportar al proceso nociones técnicas y objetos de prueba para cuya determinación se requieren conocimientos especiales y capacidad técnica (Florian, \De las pruebas penales\, T. II, págs. 351/353), y tal transmisión y aporte necesita de un encadenamiento de probabilidades racionales que, por lo tanto, se someten al análisis del juzgador, quien debe determinar su idoneidad interna. [...] Tal idoneidad interna (o su falta) no puede ser la conclusión de la sola mención acerca de la importante experiencia profesional de todos los peritos, cuando ésta no se corrobora con las constancias de la causa, ni del descarte de una de las técnicas utilizadas, si el desmerecimiento -sin más- proviene de su no admisión por parte de los otros peritos. Tampoco conforma una valoración racional la pasión o convicción con la que éstos se expresaron en debate, o el convencimiento acerca de su honestidad, ya que dichas pautas no permiten alejar la impericia. [...] En fin, no se trata de la honestidad de los peritos, sino de la calidad de la

prueba. Hay buena y mala ciencia y el juez está obligado a distinguirlas. En esta inteligencia, los magistrados poseen las más amplias///17.- facultades de decisión respecto del dictamen formulado por los peritos, ya que, aun siendo un profano en la temática específica a evaluar, siguiendo las reglas de la sana crítica podrá apartarse de él, en todo o en parte, demandar ampliaciones e informes periciales y ordenar la realización de otros nuevos (Norberto Montanelli, 'Responsabilidad criminal médica', Ed. García Alonso, 2005, pág. 328).- [...] La responsabilidad de los jueces en la selección de la evidencia científica, incluso, '\... ya no es resolver conforme a los principios de la norma, de la ley, de la regla de experiencia en la lógica, de la filosofía y de la evidencia, sino de filtrar la evidencia, o sea, esto sí condice con nuestra formación europeísta. En última instancia, somos nosotros, los jueces, los que escogemos las pruebas, los que les asignamos un valor determinado, los que las proyectamos en el tiempo, los que les damos sentido y razón de ser en función de lo debatido en el proceso o lo alegado por las partes\' (conclusión a mi cargo en el coloquio '\Los jueces y la evidencia científica', San Carlos de Bariloche, 18 y 19 de abril de 2005)" (Se. 101/05 y 94/08 STJRNSP).- - - - -

----- Sentado lo anterior, de los informes periciales en cuestión destaco lo siguiente:- - - - -

-----i) Sobre la observación directa del arma de fuego: el perito que realizó el dictamen de fs. 392/397 (en adelante denominada "el primero") no tuvo la observación directa del revólver (ver fs. 394 y 396), a diferencia del funcionario que realizó el peritaje de fs. 453/458 (en adelante identificado como "el segundo"), y surge que a fs. 394 se ///18.- refiere "que existe cierta desalineación entre el tambor y el cañón", circunstancia que no fue advertida por el perito del último informe (sobre la cuestión, ver Guzmán, Manual de criminalística, ed. La Rocca, 1997, págs. 517/518).- - - - -

-----ii) Sobre el estado del ánima del caño del arma: para el primero se obtuvieron proyectiles testigo en el estado en que se encontraba el revólver, mientras que para el segundo se procedió a limpiar el cañón con el fin de eliminar el depósito de residuos de plomo con los recaudos técnicos del caso (ver María Fernanda Ferreyro, Balística. Manual, ed. B de F, 2007, pág. 125).- - - - -

-----iii) Sobre la recuperación de los proyectiles testigos: el primero se realizó con proyectiles testigo obtenidos sin la presencia ni supervisión de los funcionarios que realizaron el peritaje (ver fs. 394 y 396), a diferencia de lo que se advierte en el

segundo, punto en el que cabe recordar las particularidades y cuidados que exige esa tarea (ver Ferreyro, ob.cit., págs. 125/130; Guzmán, ob.cit., págs. 518/520).- - - - -

-----iv) Sobre la identificación mediante fotografía digital u otro método de los proyectiles dubitado y testigo: el primero carece de identificación de los proyectiles, ya sea mediante fotografía digital u otro método (v.gr.: descripción concreta de líneas, sector, formas, ubicación, dirección, sentido, distribución, etc.), mientras que en el segundo se identificaron los proyectiles mediante fotografía digital (ver lámina N° 3), lo que permite que la prueba “puede repetirse indefinidamente” (ver Ferreyro, ob.cit., ///19.- págs. 121/122).- - - - -

-----v) Sobre la observación de cantidad de estrías, orientación de estrías y ancho de campos y macizos en los proyectiles dubitado y testigo: en el primero no se observa ni menciona ninguna de estas circunstancias, mientras que en el segundo se refiere la carencia de identidad y se observan en la lámina ilustrativa N° 3 las estrías y demás rasgos (ver Ferreyro, ob.cit., págs. 121/122 y 131/132; sobre lo significativo de la observación mediante fotografías, ver los ejemplos citados en Fleita, *Sistemas actuales de análisis en criminalística*, ed. La Rocca, 2001, pág. 93; Ferreyro, ob.cit., pág. 133, y el “Anexo documental y fotográfico”, págs. 6/7; Silveyra, “Investigación científica del delito”, N° 4, *Armas y Crímenes*, ed. La Rocca, 2008, págs. 193/194 y 197/198; Guzmán, ob.cit., págs. 519, 524 y 527).- - - - -

-----vi) Sobre las características constantes y su análisis y las zonas concordantes entre los proyectiles dubitado y testigo: del primero se infiere que existieron, pero no se mencionan concretamente (identifican), mientras que en el segundo se descarta de plano conforme la lámina N° 3 (ver Ferreyro, ob.cit., págs. 132/133).- - - - -

----- En consecuencia, y como supra adelanté, el peritaje de fs. 453/458 realiza una exposición adecuada y cualitativamente superior (respecto de la de fs. 392/397) sobre el procedimiento realizado sobre el arma, los proyectiles testigo y la comparación con el inculcado o dubitado, a lo que sumo que adjunta fotografías digitales que permiten corroborar la motivación y las conclusiones, ///20.- todo lo cual concuerda con el restante material probatorio conforme a la sana crítica racional. Es decir, considero que las operaciones realizadas y los fundamentos expuestos en el informe de fs. 453/458 aseguran los principios científicos con los requerimientos del caso concreto y conllevan que se descarte como prueba de descargo el peritaje de fs. 392/397.- - - - -

- -

----- A todo evento, la ponderación positiva de los peritajes referidos implican dos indicios anfibológicos opuestos que, al ser valorados con el restante conjunto probatorio, nos conduce a la conclusión precedente. Y en esta hipótesis deben sumarse a ese conjunto indiciario que Pranao (persona a quien se le secuestró el arma de fuego) “fue después que mataran a I. (vid declaración de Rosa Amelia Levi Painé a fs. 664) y que a aquél (Pranao) se le hizo la prueba de parafina sobre ambas manos con resultado negativo” (fs. 262/263).-----

----- Este Cuerpo ha dicho que “... \[I]a eficiencia de la prueba de indicios depende de la valoración conjunta que se haga de ellos, teniendo en cuenta su diversidad, correlación y concordancia, pero no su tratamiento particular, pues por su misma naturaleza, cada uno de ellos no puede fundar aisladamente ningún juicio convictivo\’ (CSJN in re \’VEIRA\’, del 24-04-1, LL 1991-C, 467; DJ 1991-1, 926, con nota de Augusto M. Morello; conf. Se. 96/04 STJRNSP). Cabe traer a colación la obra de Brichetti \’La evidencia en el proceso penal\’ (Ed. E.J.E.A., págs. 13-16), donde cita lo expuesto por Framarino en \’La lógica de las pruebas\’, cuando señala: \’desde el punto de vista de la valoración subjetiva, o ///21.- estimación de las pruebas, no hay diferencia entre prueba directa y prueba indirecta, porque la razón despliega la propia actividad en el mismo modo; desde el punto de vista de la valoración objetiva, hay gran diferencia, porque con la simple percepción de la prueba directa, que no importa razonamiento alguno, se afirma su conclusión objetiva; mientras no puede afirmarse la conclusión de la prueba indirecta más que pasando con el trabajo del raciocinio, de su percepción a la afirmación del delito\’. Asimismo, en la misma obra, Brichetti señala: \’... decimos que existe la certeza porque queda excluida toda probabilidad de lo contrario, pero sólo que existe la certeza moral, no la certeza absoluta, porque, si no la probabilidad, queda ciertamente la metafísica posibilidad de lo contrario\’” (Se. 62/04 y 03/06 STJRNSP).- -

-----g) Interpretación del testimonio de E.A.D. (fs. 726 vta.): De acuerdo con la postura de los recurrentes, éste es el máximo agravio ya que la valoración testimonial es totalmente subjetivada y lejana a los dichos de aquélla, quien salvo el hecho de que estuvo un momento con B. e I. momentos previos al hecho, en todo lo demás ha desmentido los dichos del primero. Agrega que se debe prestar especial atención a los dichos de la menor cuando es interrogada sobre si había recibido presiones para declarar por parte de alguien y contestó “que no, la única que le fue a hablar que tenía [que] decir que C. lo había matado al Peladito [I.], fue la madre de éste” (conf. fs. 726 vta.).- -

----- El a quo, al aquilatar el testimonio en cuestión, ///22.- sostuvo que “la menor D.... corrobora haber estado con B. e I. en el lugar indicado y que luego se retiró a su casa y al momento de llegar escuchó los tiros. No escapa a mi análisis que la menor niega haber observado la llegada de C. pero si en algo ha servido –a pesar de las limitaciones que ocasiona el interrogatorio a través del procedimiento por Cámara Gessel- la observación del testimonio por ella brindado, ha sido percibir el temor de la testigo que al decir de la profesional interviniente a fs. 685 se mostró segura y decidida aunque algo incómoda admitiendo falta de memoria o desconocimiento de algunas secuencias. En lo medular entonces estos dichos son corroborantes de los brindados por B.” (fs. 708 vta./709).- -----

----- En este contexto, las afirmaciones de la defensa no se oponen ni controvierten la pertinencia ni la veracidad del testimonio en cuanto a lo expresamente valorado al respecto, por lo que el agravio es ineficaz.- -----

----- El cuestionamiento a la percepción de miedo en la menor carece de trascendencia en virtud de que el a quo sólo lo refirió para señalar el motivo de la “falta de memoria o desconocimiento de algunas secuencias”. Es decir, esa percepción no es prueba de cargo y por lo tanto no causa perjuicio al imputado.- -----

-----h) Conclusión:- -----

----- Los peritajes y testimonios fueron ponderados por el sentenciante, el que advierte que son concordantes y complementarios entre sí y con respecto al material probatorio restante, lo que permite –asimismo- desechar el ///23.- peritaje de fs. 392/397 por carecer de una adecuada exposición de conocimiento, método, evaluación y resultado científico sobre los elementos secuestrados en autos para decidir desde la ciencia.- - - -

----- En síntesis, los jueces escogieron las pruebas y les asignaron un valor determinado, dándoles sentido y razón de ser en función de lo debatido en el proceso y lo alegado por las partes, mientras que los argumentos de la defensa sólo se sustentan en afirmaciones que carecen de eficacia recursiva.- -----

----- Entonces, como he manifestado, la defensa no logra hacer un análisis cabal de la valoración pormenorizada y concatenada del plexo probatorio que ha efectuado el sentenciante con la exposición de un razonamiento que se ubica dentro de los parámetros de la lógica, la experiencia y la psicología -sana crítica racional-, puesto que la concurrencia concordante de los indicios es razón suficiente para derivar en la

conclusión del tribunal de grado inferior y no en otra, motivo por el cual se impone el rechazo del recurso de casación de fs. 721/728.- - - - -

-----8.- Quantum de la pena:- - - - -

----- El Superior Tribunal de Justicia ha dicho “que esta instancia se encuentra ‘signada por el principio dispositivo, donde el ejercicio de la jurisdicción está limitado por el alcance de los medios impugnativos y por la motivación del agravio que afecta a la parte que resiste el pronunciamiento al que se atribuye injusticia o ilegalidad... No cabe dudar, entonces, que la competencia funcional del tribunal de alzada es restricta. La///24.- congruencia exige correspondencia entre la decisión y lo que es materia de la impugnación. El objeto se depura por los términos en que la impugnación se ha interpuesto y sustentado’ (Norberto J. Iturralde, ‘Disposiciones sobre los recursos en el Código Procesal Penal de la Nación’, LL 1995-C, Sec. Doctrina, pág. 1256). Este principio debe ser completado con el reconocimiento de las atribuciones de este Cuerpo -en los casos en que abra su jurisdicción por un recurso- para ingresar en el tratamiento de oficio ante el supuesto de nulidades absolutas en el proceso (o en los supuestos de un quebrantamiento grave de las reglas de la sana crítica -conf. CSJN ‘CASAL’, C. 1757, XL. del 20-09-05, ratificado en el fallo ‘MARTÍNEZ ARECO’ del 25-10-05, aplicado por este STJRN a partir del 05-10-05 in re ‘SANDOVAL’- o cuando la arbitrariedad es palmaria). Asimismo, la última parte del art. 415 del Código Procesal Penal [art. 418 Ley P 2107] establece la prohibición de la reformatio in pejus...” (Se. 157/05 y 31/06 STJRNSP).- - - -

----- Señalo lo anterior dado que la ausencia de agravio sobre la pena impuesta no impide tratar todo lo vinculado con dicha cuestión, en tanto se advierte una violación de las garantías constitucionales sobre la privación de la libertad del condenado –en cuanto al tiempo que debe cumplir-, por lo que se trata de una nulidad declarable de oficio (arts. 149 C.P.P.; 1 Ley 24660; 18 y 75 inc. 22 C.Nac.; 5º, num. 6º Pacto de San José de Costa Rica).- - - -

----- La lectura de la sentencia permite advertir un error “no argumentado por la defensa, declarable de oficio por este Tribunal de Casación, toda vez que converge en esta///25.- causa un interés institucional de orden superior, que radica en evitar hacer incurrir en responsabilidad internacional a la República a la luz de las previsiones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que no sólo ha sido ratificada por nuestro país (Ley 23054), sino que fue incorporada a la Constitución Nacional en los términos

del art. 75 inc. 22 a partir de la reforma de 1994.- - - -

----- “En efecto, está en juego aquí el principio de legalidad en virtud del quantum de la pena que corresponde a cada uno de los condenados por los hechos ilícitos acreditados, así como su forma de cumplimiento, por lo que se trata de una nulidad declarable de oficio (art. 160 C.P.P. [art. 149 texto consolidado]).--- - - - -

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

----- “\Así, desde su preámbulo se consigna que uno de los fines de la Constitución es la libertad. El asegurar los beneficios de la libertad «presupone que la libertad es un bien que rinde beneficio. La libertad es un valor primordial, como que define a la esencia del sistema democrático. Exige erradicar el totalitarismo, y respetar la dignidad del hombre como persona, más sus derechos individuales. La libertad forma un circuito con la justicia: sin libertad no hay justicia, y sin justicia no hay///26.- libertad» (Bidart Campos, \Tratado elemental de derecho constitucional argentino\, T. I, 56).- - - - -

----- “\El derecho a la libertad puede ser desglosado en una serie de libertades individuales, una de las cuales es la libertad corporal o física, que apareja la de locomoción. También tal derecho subjetivo puede ser ubicado en una escala jerárquica, luego del derecho a la dignidad y sus derivados, del derecho a la vida y por sobre los derechos patrimoniales. Ekmekdjian, en su «Tratado de Derecho Constitucional» (T I, págs. 476 y ss.), dice que el derecho a la libertad física es el primero de los derechos personalísimos, por cuanto es un requisito necesario para que los otros puedan ser ejercidos. Agrego el derecho a la libertad de expresión, que implica la de pensar y de publicar las ideas por medio de la prensa (arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y primera enmienda de la Constitución de EE.UU.)...\' (...in re \SCORZA\, Se. 01/04)” (Se. 87/07).- - - - -

----- En este sentido, la sentencia carece de motivación respecto de la determinación del monto de la pena aplicable (tercera cuestión, fs. 710 vta./711 vta.), toda vez que omite seguir los parámetros correspondientes para tal fin. Concretamente, se omitió la ponderación de las constancias conducentes del proceso para seguir las pautas vinculadas con la pena que “es la herramienta que emplea el derecho penal para ejercer su función de control social de carácter formal. Se trata de una temática que exige la

máxima prudencia

en los jueces y en cuya individualización judicial deben liberarse de los prejuicios personales, las simpatías ///27.- y las emociones, y orientar su sentencia exclusivamente atento a criterios objetivos de valoración. Además, hemos establecido que la argumentación de la imposición de pena –dentro de la escala penal aplicable- de acuerdo con el art. 40 del Código Penal manda a merituar la totalidad de los atenuantes y agravantes que surgen de las constancias de la causa; el inc. 1º del art. 41 reconoce cuatro elementos posibles, mientras que el inciso siguiente se refiere a diez, más el conocimiento ‘de visu’ del imputado, la víctima y las circunstancias del hecho en la medida requerida para el caso (Se. 190/06 y 131/07 STJRNSP, entre otras)” (Se. 45/08 STJRNSP).- - - - -

----- La Cámara argumenta que la “determinación deberá efectuarse dentro de los parámetros que fijan los artículos 40 y 41 del código de fondo. [...] Así en primer lugar tendré en consideración la modalidad que revistió la conducta disvaliosa. Encontrándonos ya de por sí frente a uno[...] de los delitos que mas fuertemente vulneran los bienes jurídicamente protegidos, estos es la vida, creo que en este caso reviste peculiar gravedad el desarrollo de la conducta enrostrada. [...] En cuenta debo tener también los antecedentes penales computables, en este caso la sentencia dictada por esta Cámara con fecha 6-7-07, en el expediente número 229/98/06, por la que se declara la responsabilidad penal de A.M.C. y se lo condena a la pena de un año y seis meses de prisión en suspenso como autor del delito de ‘robo con arma de fuego no habida en grado de tentativa’ (arts. 166 último párrafo y 42 del CP); hecho cometido el día 14 de setiembre de 2005. [...] A favor ///28.- de C. merituaré su juventud y favorables informes de abono agregados a fs. 162/163...” (fs. 710 vta./711 vta.).- - - - -

----- Establecido lo anterior y realizando una revisión integral de la causa (conf. CSJN in re “CASAL”), advierto que la decisión impugnada incurre en omisiones y errores sobre la ponderación de las pautas de determinación de la pena en particular, como paso a mencionar y conforme lo desarrolla Andrés José D’Alessio en Código Penal. Parte General (La Ley, 2005, págs. 427 y sgtes.; ver Se. 45/08), no sin antes reiterar que la siguiente revisión integral se realiza con estricto acatamiento del art. 418 del Código Procesal Penal (prohibición de la reformatio in pejus):- - -

-----a) Acción, medios empleados, daño y peligro causados:-

----- Concuerdo con el a quo en la valoración negativa de “la manera de ser del delito”

(modalidad que revistió la conducta: llegó al lugar y comenzó a disparar) y los medios empleados (arma de fuego).- - - - -

-----b) Motivos y miseria o dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos (a cuyo respecto “... aclara Ziffer... que la culpabilidad será más grave cuanto más bajos, aberrantes o contrarios a derecho sean los sentimientos y motivos del autor...”; ver D'Alessio, ob.cit., pág. 428):- - - - -

----- El sentenciante ponderó negativamente estas pautas cuando en realidad corresponde hacerlo –como mínimo- de forma neutra, porque –en definitiva- la “ausencia de situación desencadenante” sería de menor culpabilidad en tanto no habría sentimientos o motivos contrarios a///29.- derecho.- - - - -

-----c) Edad, educación, costumbres y demás condiciones personales:- - - - -
- - - - -

----- El Tribunal inferior ponderó positivamente la juventud y los favorables informes de abono de C.. Sin embargo, la sola referencia que se hizo en un renglón y medio deja inmotivada la significación y la incidencia de la pauta en el resultado final del quantum de la pena.- - - - -

----- Destaco que la “edad es indicadora del grado de madurez de la persona y del grado de asentamiento de ciertas características de su personalidad, que harán más fácil o más difícil la evitación de la conducta prohibida” (D'Alessio, ob.cit., pág. 430). Asimismo, agrego que la formación de la personalidad no reconoce un antes y un después respecto del día de cumplimiento de los dieciocho años (edad fijada como tope en la Convención de los Derechos del Niño, la Ley 26061 y la Ley D 4109), y que M.A.C. tenía dieciocho años y casi tres meses de edad cuando cometió el ilícito de condena.- - - - -

----- En consecuencia, la fundamentación del a quo fue incompleta en función de que las particularidades del sub lite (la proximidad temporal del delito con el cumplimiento de los dieciocho años de C.) requiere que se meritúe adecuadamente –y de forma aplicable al caso- que el ámbito de autodeterminación del menor no es igual al del adulto por su inmadurez emocional, se “... impone, sin lugar a duda alguna, que el reproche penal de la culpabilidad que se formula al niño no pueda tener la misma entidad que el formulado normalmente a un adulto. Desde este punto de ///30.- vista, la culpabilidad por el acto del niño es de entidad inferior a la del adulto, como consecuencia de su personalidad inmadura en la esfera emocional” (CSJN, “MALDONADO”, considerando 37; conf. Se. 90/06 STJRNSP).- - -

----- Con relación a los menores entre dieciocho (18) y veintiún (21) años, “la doctrina

ha postulado, en consonancia con la normativa internacional, la conveniencia de establecer dispositivos que contemplen la posibilidad de aplicar a su respecto el sistema de responsabilidad penal juvenil. Ello así, teniendo en cuenta que estos jóvenes ostentan, en gran medida, rasgos de personalidad adolescente, fenómeno que en la actualidad se ha transformado en algo habitual a raíz de la llamada 'dilación o prolongación de la adolescencia'. Las investigaciones realizadas en el ámbito de la ciencia psicológica y sociológica revelan que el desarrollo de la personalidad de ningún modo se adquiere en forma automática a los dieciocho (18) años. Por el contrario, todo indica que el proceso de maduración depende de la personalidad de cada individuo, de sus condiciones familiares y de la perspectiva de lograr cierta autonomía económica" (Ezequiel Crivelli, "Bases para un nuevo Derecho Penal Juvenil", publicado en La Ley, Suplemento Penal 2008 -agosto-, pág. 56).- - - - -

----- De tal modo, concuerdo con el sentenciante en que esta pauta de merituación para fijar el quantum de la pena es positiva para C. y, en virtud de lo dicho (carencia parcial de motivación), le sumo mayor incidencia a su favor.

-----d) Participación en el hecho:- - - - -

----- Recuerdo que en este aspecto no "se trata de//31.- participación en sentido estricto, pues comprende a los autores y a los partícipes" (D'Alessio, ob.cit., pág. 430).- - - - -

----- En este orden de ideas, esta pauta es favorable al imputado y su ponderación fue omitida por la Cámara. Así, no se acreditó un plan delictivo, no hubo pluralidad de intervinientes ni se determinó a otros al injusto.- - - - -

-----e) Vínculos personales y calidad de las personas:- - -

----- En este ítem se aquilató la porción negativa para C.: la posición inferior de la víctima para defenderse permite afirmar que mayor es el ilícito (se efectuaron los disparos cuando la víctima se encontraba huyendo y de espaldas).- - - - -

----- Sin embargo, el sentenciante omitió valorar de forma positiva que la víctima y el imputado no registraban vínculo alguno ni relación de confianza.- - - - -

-----f) Circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión:- -

----- La Cámara no refirió a estas pautas en su análisis.- -

-----g) Conducta precedente y demás antecedentes personales:

----- Los informes de abono se valoraron de forma positiva; el antecedente, de forma negativa.- - - - -

-----h) Reincidencia:-----

----- C. no es reincidente, aunque el a quo nada dijo al respecto.-----

-----i) Conocimiento personal:-----

----- El sentenciante tuvo un conocimiento de visu del condenado, pero omitió su valoración expresa. Así, concuerdo con el Tribunal de grado inferior en la ponderación “en contra” del condenado de las pautas mencionadas en los ítems ///32.- a), e) primer párrafo y g) in fine. Asimismo, en cuanto se aquilataron de forma positiva los ítems c) y g) primera parte.-----

----- Por otro lado, el a quo valoró en forma negativa el ítem b) cuando no hay evidencias para hacerlo en ese sentido; valoró a favor de C. el ítem c) pero de forma parcial e insuficiente, en virtud de que tiene mayor incidencia positiva sobre el resultado del quantum de la pena, y omitió valorar las pautas mencionadas en los ítems d) y e) segundo párrafo, que son favorables al encartado.- -

----- Finalmente, el Tribunal inferior realizó una determinación del quantum de la pena con parámetros doctrinarios que se apartan de la doctrina legal (art. 43 Ley K 2430).- - -

----- Así, a fs. 711 y vta. sustentó la decisión en el artículo “Breves apuntes acerca del rendimiento funcional del fin preventivo especial de las penas privativas de la libertad”, de Ricardo C. M. Álvarez, publicado en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 17 (págs. 59 y sgtes.), en el cual se dice –en medio de los párrafos transcritos por la Cámara- que “... la llamada ‘prevención especial’, junto a sus fragilidades conceptuales e ingenuas ambiciones, no puede introducirse como fin de la pena...” (pág. 64).- - - -

----- En contraposición,
este Cuerpo ha dicho que “sin ingresar en un análisis exhaustivo en las teorías y los fines de la pena -ver Riquert, ‘La pena conforme al modelo de la constitución reformada’, JA 1997 -II, 856 y ss.-, destaco que la teoría de la prevención especial tiene como ///33.- objetivo que quien delinquirió y sufrió la pena no vuelva a cometer delitos. La prevención especial se puede concretar por dos vías distintas: la positiva y la negativa. La primera procura remover la disposición psíquica que conduce al individuo a delinquir mediante un tratamiento resocializante, y la segunda por la coacción física (encarcelamiento o medida de seguridad) que impedirá que el sujeto cometa nuevos delitos.-----

----- “[...] Dice Marcelo A. Riquert (\Algo más sobre la teoría de la pena a propósito de la reforma constitucional\, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 11, págs. 415 y ss.) que \... armonizando el cuadro normativo constitucional previo y posterior a la reforma, estimamos que por intermedio de las normas internacionales ya precisadas con anterioridad, se ha optado por imprimir a la pena una finalidad de prevención especial positiva que habrá de interpretarse y operar en función del horizonte de proyección que le impone -limitándola- un derecho penal liberal de acto, porque ésta ha sido también la elección del constituyente indicándole la dirección o senda a seguir tanto al legislador como al administrador o juzgador\’.- - -

----- “Ya Luis Jiménez de Asúa (\Tratado de Derecho Penal\, T. II, pág. 29), en un primer avance doctrinario crítico de la función expiatoria de la pena, reconocía que \el jurista no puede prescindir del fundamento retributivo -la pena surge post-facto-, y no podemos declinar el hecho efecto del sufrimiento que causa al hombre -por ello es un medio intimidante-; pero su fin es en vista de hechos futuros: trata de resocializar, enmendando. Pero jamás podrá decirse ///34.- que el telos de la pena es expiatorio; por eso no debe ser un castigo\” (Se. 166/06 STJRNSP).- - - - -

----- “A lo anterior se suma que para quien aplica la pena es ineludible el conocimiento de cuál es su fin, y no puede desconocer sin más el criterio de la prevención especial -apartada de la teoría de la retribución-, según el cual la misión de la pena es únicamente disuadir al autor de futuros hechos punibles. \En la medida en que la teoría de la prevención especial sigue el principio de la resocialización, que entre sus sostenedores hoy se encuentra en el primer plano, sus ventajas teóricas y prácticas son evidentes. En tanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, se adapta excelentemente a la misión del derecho penal..., ayuda igualmente al autor, es decir, no lo rechaza ni lo marca a fuego, sino que quiere integrarlo, y de este modo, se adapta mejor que cualquier otra teoría a las exigencias del principio del estado social\’ (Roxin, \Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad\, en Determinación Judicial de la Pena, obra colectiva, pág. 23). El criterio de resocialización encuentra su reconocimiento normativo en los ya citados arts. 5º, num 6º del Pacto de San José de Costa Rica, 18 de la Constitución Nacional y 1 de la Ley 24660” (conf. Se. 104/07 y Se. 45/08 STJRNSP).- - - - -

----- Lo antedicho es suficiente para demostrar la carencia de sustento del sentenciante, lo que afectó de forma negativa (en perjuicio del imputado) la determinación del quantum de la pena.- - - - -

----- De tal forma, luego de la revisión integral de lo ///35.- resuelto, quedó acreditada la carencia de motivación sobre la determinación del monto de la pena de prisión, defecto que se pena con la nulidad (arts. 98, 149, 374 segundo párrafo y 380 inc. 3º C.P.P. y 200 C.Prov.; 1 Ley 24660; 18 y 75 inc. 22 C.Nac.; 5º num. 6º Pacto de San José de Costa Rica), y la inobservancia de la doctrina legal (art. 43 Ley K 2430), por lo que se impone dejar sin efecto la determinación de la pena realizada por el a quo.- - - -

----- Como consecuencia de lo anterior, las actuales circunstancias del recurso en tratamiento (que no puede limitarse a un control nomofiláctico, conf. CSJN in re “CASAL”), las particularidades del caso, el objeto de una mejor administración de justicia y la necesidad de evitar un desmedro de la garantía constitucional de la duración razonable del proceso y la celeridad de su trámite (art. 18 C.Nac.) aconsejan que el órgano ad quem asuma su competencia positiva excepcionalmente para definir la litis en procura de lograr “la integridad de la tutela ejecutoria que (conforme en su realización a las particularidades de cada caso) reconoce como base fundamental de muchos ordenamientos la de fortalecer los instrumentos de satisfacción inmediata para la totalidad de las situaciones tutelables. Así es la manera de materializar los derechos lo antes posible. Alcanzar un mismo resultado con miras a evitar que la aplicación del derecho, reconocido en el plano de la cognición... resulte pospuesto por un reenvío innecesario, francamente retardatario y complicante” (Morello, El recurso extraordinario, pág. 628).- - - - -

----- En razón de lo expuesto y sobre la base de las///36.- consideraciones vertidas, entiendo adecuado y justo imponer a M.A.C. la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de homicidio simple (arts. 98, 149, 374 segundo párrafo, 380 inc. 3º, 418, 440 y ccdtes. C.P.P.; 43 Ley K 2430; 200 C.Prov.; 40, 41 y 79 C.P.; 1, 18 y 75 inc. 22 C.Nac.; 5.6 y 8.2.h CADH y 14.5.d PIDCP).- - - - -

-----9.- Unificación de pena – nulidad y reenvío:- - - - -

----- Consecuente con lo precedente es la declaración de nulidad de la unificación de penas y el reenvío del expediente al origen para que -con igual integración- continúe su trámite en conformidad con lo resuelto (arts. 441 y ccdtes. C.P.P.), anotando para la ulterior sentencia y para los fines de la prohibición de la reformatio in pejus la advertencia de la carencia de impugnación del Ministerio Público Fiscal (conf. Se. 2/07).- - - - -

-----10.- Ejecución de sanciones impuestas a menores entre dieciocho (18) y veintiún

(21) años (jóvenes adultos):- - -

----- A.M.C. nació el 27-02-1988, por lo que a la fecha tiene veinte (20) años de edad.-

- - - - -

----- “La mayoría de edad penal en el ordenamiento jurídico argentino se alcanza a los dieciocho (18) años de edad. De manera que, a partir de esa edad, cobra plena vigencia el Derecho Penal ordinario.- - - - -

----- “Ahora bien, a diferencia de otros ordenamientos como el español, la mayoría de edad penal no coincide con la mayoría de edad civil, que se alcanza recién a los 21 años de edad (art. 121 CC). Sin embargo, los jóvenes adultos///37.- comprendidos en esta franja están sometidos a un régimen especial, exclusivamente, en lo que respecta a la ejecución de las sanciones impuestas. En este sentido, el artículo 6 de la ley 22.278/22.803 establece que: ‘las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos’.- -

----- “En forma concordante con esta disposición el artículo 10 dispone: ‘la privación de libertad del menor que incurriere en delito entre los dieciocho años y la mayoría de edad, se hará efectiva, durante ese lapso, en los establecimientos mencionados en el artículo 6°’.- - - - -

----- Por su parte, la ley 24.660 (Adla, LVI-C, 3375), de 17 de julio de 1996, reguladora de la Ejecución de la Pena Privativa de Libertad, reglamenta en forma específica esta cuestión, al establecer bajo el título ‘Jóvenes adultos’ que: ‘Los jóvenes adultos de dieciocho (18) a veintiún (21) años deberán ser alojados en instituciones especiales o en secciones separadas o independientes de los establecimientos para adultos. En su tratamiento se pondrá particular empeño en la enseñanza obligatoria, en la capacitación y en el mantenimiento de los vínculos familiares’ (art. 197). ‘Excepcionalmente y mediando los informes favorables del organismo técnico-criminológico y del consejo correccional del establecimiento, quienes hayan cumplido veintiún (21) años podrán permanecer en instituciones o secciones especiales para jóvenes adultos hasta cumplir veinticinco (25) años. Luego serán trasladados a un establecimiento para ///38.- adultos’ (art. 198).- [...]” (Ezequiel Crivelli, ob.cit., págs. 55/56).- - - - -

----- La Ley S 3008) prevé: “El régimen penitenciario aplicado al menor tendrá carácter de excepcional y garantiza los siguientes derechos: [...] b) Que los menores de dieciocho (18) a veintiún (21) años, sean alojados en establecimientos penitenciarios

habilitados a tal efecto, manteniendo así una separación absoluta con los mayores” (art. 32).- - - - -

----- “Por su parte las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos expresan que
“Los reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes establecimientos o en diferentes secciones dentro de los establecimientos, según su sexo y edad, sus antecedentes, los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles. Es decir que: a) Los hombres y las mujeres deberán ser reclusos, hasta donde fuere posible, en establecimientos diferentes; en un establecimiento en el que se reciban hombres y mujeres, el conjunto de locales destinado a las mujeres deberá estar completamente separado; b) Los detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena;

c) Las personas presas por deudas y los demás condenados a alguna forma de prisión por razones civiles deberán ser separadas de los detenidos por infracción penal; d) Los detenidos jóvenes deberán ser separados de los adultos (arts. 8 y 9 aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus res. 663 C 31-7-57 y 2076-13-5-77). [...] Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores///39.- (Reglas de Beijing) disponen que: Los menores confinados en establecimientos penitenciarios recibirán los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria -social, educacional, profesional, psicológica, médica y física- que puedan requerir debido a su edad, sexo y personalidad y en interés de su desarrollo sano” (conf. CSJN, in re “VERBITSKY”, del 03-05-05).- - - - -

----- Todo lo precedente se sustenta en que “los jóvenes comprendidos en[tre los dieciocho y veintiún años [...] poseen una personalidad más bien inmadura, inestable e influenciada, por lo que una reacción penal idéntica a la prevista para personas adultas no siempre resulta lo más aconsejable. Uno de los sistemas jurídicos que adhiere a este criterio es el alemán. En efecto, la Jugendgerichtsgesetz (JGG) prevé la posibilidad de aplicar la normativa del Derecho penal juvenil a los menores comprendidos entre los dieciocho (18) y veintiún años (21) en los siguientes supuestos: 1) cuando de la apreciación total de la responsabilidad del autor, englobando las condiciones ambientales, se deduzca que el joven adulto, en el momento de la comisión del hecho ilícito, puede ser asimilado a un menor de dieciocho (18) años de edad en lo relativo a su desarrollo moral y psíquico; 2) cuando el hecho delictivo cometido por el joven pueda ser considerado como una típica transgresión juvenil en lo relativo a sus características, las circunstancias concretas del caso y los motivos de su comisión (§

105, JGG)” (Ezequiel Crivelli, ob.cit., pág. 56).- - - - -

----- De tal forma, claramente puede advertirse que la///40.- legislación prevé diferencias significativas entre la condición jurídica del menor comprendido en esta franja etaria y el adulto. Estas diferencias se anulan cuando observamos el abismo que separa lo estipulado por la normativa y las condiciones de los lugares donde uno de estos jóvenes (A.M.C., en el caso) se encuentra, pues el establecimiento en que está alojado no reúne las características referidas.- - - - -

----- No se trata de que este Superior Tribunal de Justicia defina de qué modo debe subsanarse el problema pues ésta es una competencia de la Administración (vid arts. 34, 35, 38, 45 y 46 Ley S 3008), en tanto este Cuerpo fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión.- - - - -

----- Como consecuencia de admitir como impracticable una solución total e inmediata a la situación y que la obligación estatal está compuesta por múltiples y variadas cargas que necesariamente requieren planeamiento y despliegue, es prudente implementar un criterio de ejecución que permita arribar a soluciones sustentables.- - - - -

----- A diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicialable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la provincia “garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una ///41.- injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad. No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución [... Que] si bien resultan atendibles algunas de las razones expuestas por el Poder Ejecutivo provincial, en cuanto a la carencia de recursos económicos para

solucionar en el corto plazo los problemas planteados, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre el particular indicando que 'estas dolorosas comprobaciones, que es deber del Tribunal destacar, no encuentran justificativo en las dificultades presupuestarias que se traducen en la falta de infraestructura edilicia, la carencia de recursos humanos, la insuficiencia de formación del personal o las consecuentes excesivas poblaciones penales'... 'Las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones de este ///42.- tipo. Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (art. 5º, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)' (Fallos 318:2002)" (conf. CSJN in re "VERBITSKY", del 03-05-05).- -

----- En consecuencia, reconociendo la gravedad de la situación, los peligros que se avizoran y las dificultades que genera encontrar una solución en esta instancia, y con el marco acotado que proporciona el tratamiento del recurso extraordinario, es indudable que este Tribunal no puede resolver todas las cuestiones particulares que importa, dadas las dificultades y variables posibles, pero es su deber instruir a la Sala A de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial de la provincia para que haga cumplir la ejecución de la pena de A.M.C. en un establecimiento especializado en el término de noventa días corridos de notificado al Poder Ejecutivo de la provincia (arts. 18 y 75 inc. 22 C.Nac.; 5º inc. 2º CADH; 6 y 10 Ley 22278; 197 y 198 Ley 24660; 32, 34, 35, 38, 45 y 46 Ley S 3008, y 440 y ccdtes. C.P.P., además de las Reglas de Beijing).- - - - -

-----11.- Tiempo cumplido en Establecimiento inadecuado:- -

----- Respecto del tiempo total que A.M.C. cumplirá en prisión en un establecimiento penal inadecuado conforme con las normas y la jurisprudencia antes citadas y los principios establecidos en la ley de Ejecución Penal N° 24660 y el Dcto. 396/99 (conf. Ley provincial S ///43.- 3008), los Concejos Criminológicos y demás funcionarios competentes deberán computar en el sistema de progresividad y en cada una de las etapas o fases de resocialización esta circunstancia, de forma de contemplar la situación por los incumplimientos (arts. 6 y 10 ley 22278 y Ley S 3008), facilitando en la medida de lo posible el acceso a los institutos aplicables oportunamente.- - - - -

-----12.- Conclusión:- - - - -

----- En conformidad con todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: I) rechazar el recurso

de casación interpuesto por los doctores Ovidio Nazario Castello y Virginia Francioni en representación de A.M.C. (fs. 721/728), con costas; II) revocar de oficio el monto de la pena de prisión del punto primero de la parte resolutive de la sentencia N° 41 de fecha 21-11-07, dictada por la Sala A de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial (arts. 98, 149, 374 segundo párrafo, 380 inc. 3º, 439 y ccdtes. C.P.P.; 43 Ley K 2430; 200 C.Prov.; 40 y 41 C.P.; 1 Ley 24660; 18 y 75 inc. 22 C.Nac. y 5º num. 6º Pacto de San José de Costa Rica); III) imponer a M.A.C. la pena de DIEZ (10) AÑOS de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de homicidio simple (arts. 98, 149, 374 segundo párrafo, 380 inc. 3º, 418, 440 y ccdtes. C.P.P.; 43 Ley K 2430; 200 C.Prov.; 40, 41 y 79 C.P.; 1, 18 y 75 inc. 22 C.Nac.; 5.6 y 8.2.h CADH y 14.5.d PIDCP); IV) declarar la nulidad de la unificación de penas dispuesta en el punto segundo de la parte resolutive de la sentencia N° 41/07 y reenviar el expediente al origen para ///44.- que -con igual integración- continúe su trámite conforme con lo resuelto (arts. 441 y ccdtes. C.P.P.; 75 inc. 22 C.Nac.; 8.2.h CADH y art. 14.5 PIDCP), anotando para la ulterior sentencia y para los fines de la prohibición de la reformatio in pejus (art. 418 C.P.P.) la advertencia de la carencia de impugnación del Ministerio Público Fiscal; V) instruir a la Sala A de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial de la provincia para que haga cumplir la ejecución de la pena de A.M.C. en un establecimiento especializado en el término de noventa días corridos de notificado el Poder Ejecutivo de la provincia (arts. 18 y 75 inc. 22 C.Nac.; 5º inc. 2º CADH; 6 y 10 Ley 22278; 197 y 198 Ley 24660; Reglas de Beijing; y arts. 32, 34,35, 38, 45 y 46 Ley S 3008 y 440 y ccdtes. C.P.P.); VI) instruir al Tribunal de ejecución penal, a los Concejos Criminológicos y demás funcionarios competentes que deberán computar en el sistema de progresividad y en cada una de las etapas o fases de resocialización el tiempo total que A.M.C. cumplirá en prisión en un establecimiento penal inadecuado (conf. Ley de Ejecución Penal N° 24660 y Dcto. 396/99; Ley provincial S 3008), de forma de contemplar la situación de los incumplimientos (arts. 6 y 10 Ley 22278 y Ley S 3008), facilitando en la medida de lo posible el acceso a los institutos aplicables oportunamente, y VII) ordenar a la Cámara en lo Criminal que la foja siguiente a la N° 705 se folie con el N° 705 bis. MI VOTO.- - - - - El señor Juez doctor Alberto Ítalo Balladini dijo:- - - - -

----- Adhiero al criterio sustentado y a la solución///45.- propuesta por el vocal preopinante y VOTO EN IGUAL SENTIDO.- - - - - El

señor Juez subrogante doctor Fernando Laborde Loza dijo:-

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

--

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Rechazar el recurso de casación interpuesto a fs.

----- 721/728 de las presentes actuaciones por los doctores Ovidio Nazario Castello y Virginia Francioni en representación de A.M.C., con costas.- Segundo: Revocar de oficio el monto de la pena de prisión

----- impuesto en el punto primero de la parte resolutive de la sentencia N° 41 de fecha 21-11-07, dictada por la Sala A de la Cámara en lo Criminal de la Iª Circunscripción Judicial (arts. 98, 149, 374 segundo párrafo, 380 inc. 3º, 439 y ccdtes. C.P.P.; 43 Ley K 2430; 200 C.Prov.; 40 y 41 C.P.; 1 Ley 24660; 18 y 75 inc. 22 C.Nac. y 5º num. 6º Pacto de San José de Costa Rica).----- Tercero: Imponer a M.A.C. la pena de

----- DIEZ (10) AÑOS de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de homicidio simple (arts. 98, 149, 374 segundo párrafo, 380 inc. 3º, 418, 440 y ccdtes. C.P.P.; 43 Ley K 2430; 200 C.Prov.; 40, 41 y 79 C.P.; 1, 18 y 75 inc. 22 C.Nac.; 5.6 y 8.2.h CADH y 14.5.d PIDCP).--

Cuarto: Declarar la nulidad de la unificación de penas///46.-- dispuesta en el punto segundo de la parte resolutive de la sentencia N° 41/07 y reenviar el expediente al origen para que -con igual integración- continúe su trámite conforme con lo resuelto (arts. 441 y ccdtes. C.P.P.; 75 inc. 22 C.Nac.; 8.2.h CADH y art. 14.5 PIDCP), anotando para la ulterior sentencia y para los fines de la prohibición de la reformatio in pejus (art. 418 C.P.P.) la advertencia de la carencia de impugnación del Ministerio Público Fiscal.-

----- Quinto: Instruir a la Sala A de la Cámara en lo Criminal de

----- la Iª Circunscripción Judicial para que haga cumplir la ejecución de la pena de M.A.C.en un establecimiento especializado en el término de noventa días corridos de notificado el Poder Ejecutivo de la provincia (arts. 18 y 75 inc. 22 C.Nac.; 5º inc. 2º CADH; 6 y 10 Ley 22278; 197 y 198 Ley 24660; Reglas de Beijing; y arts. 32, 34,35, 38, 45 y 46 Ley S 3008 y 440 y ccdtes. C.P.P.).- - Sexto: Instruir al Tribunal de

ejecución penal, a los

----- Concejos Criminológicos y demás funcionarios competentes que deberán computar en el sistema de progresividad y en cada una de las etapas o fases de resocialización el tiempo total que A.M.C. cumplirá en prisión en un establecimiento penal inadecuado (conf. Ley de Ejecución Penal N° 24660 y Dcto. 396/99; Ley provincial S 3008), de forma de contemplar la situación de los incumplimientos (arts. 6 y 10 Ley 22278 y Ley S 3008), facilitando en la medida de lo posible el acceso a los institutos aplicables oportunamente.- - - - Séptimo: Ordenar a la Cámara en lo Criminal que la foja///47.-- siguiente a la N° 705 se folie con el N° 705 bis.- Octavo: Registrar, notificar y, oportunamente, devolver.

FERNANDO LABORDE LOZA

Juez subrogante

En abstención

(art. 39 L.O.)

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 9

SENTENCIA: 134

FOLIOS: 1839/1885

SECRETARÍA: 2