

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 26389/13 STJ

SENTENCIA Nº: 179

PROCESADO: MUÑOZ DIEGO GABRIEL

DELITO: HOMICIDIO AGRAVADO POR HABER SIDO COMETIDO CON UN
ARMA DE FUEGO

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 02/12/14

FIRMANTES: PICCININI - APCARIAN EN DISIDENCIA PARCIAL -
ZARATIEGUI - BUSTAMANTE (SUBROGANTE) - REUSSI (SUBROGANTE)

///MA, de diciembre de 2014.

Habiéndose reunido los señores miembros del Superior Tribunal de Justicia doctores Liliana L. Piccinini, Adriana C. Zaratiegui, Ricardo Aparcian, Jorge Bustamante y Carlos Reussi -los dos últimos por subrogancia-, con la presidencia de la segunda de los nombrados y la asistencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, en las presentes actuaciones caratuladas: “MUÑOZ, Diego Gabriel y P.E.F. s/ Homicidio agravado s/Casación” (Exppte.Nº 26389/13 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, con el planteo de la siguiente:

CUESTIÓN

¿Es procedente el recurso deducido?

VOTACIÓN

La señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijo:

1. Antecedentes de la causa:

1.1. Mediante Sentencia Nº 98, del 14 de diciembre de 2012, la Cámara Segunda en lo Criminal de Cipolletti resolvió, en lo que aquí interesa, condenar a Diego Gabriel Muñoz a la pena de catorce (14) años de prisión y accesorias legales, por encontrarlo partícipe necesario del delito de homicidio agravado por haber sido cometido con un arma de fuego y con la intervención de un menor, con costas (arts. 41 bis y quater, 45 y 79 C.P., y 498 C.P.P.).

1.2. Contra tal decisión su letrado particular, doctor Eves Omar Tejeda, interpuso

recurso de casación, que fue admitido por el a quo y elevado a este Cuerpo.

///2. Posteriormente el imputado se fugó de su lugar de detención, por lo que se declaró su rebeldía (fs. 563), lo que motivó la suspensión del trámite del recurso referido (fs. 572), el que luego fue reanudado a partir de que se tuvieron noticias de su captura (fs. 693).

Finalmente el recurso fue declarado bien concedido por este Superior Tribunal.

Realizada la audiencia prevista en los arts. 435 y 438 del Código Procesal Penal sin la comparecencia de las partes, oportunidad en la que se ordenó agregar a la causa el escrito de la Fiscalía General reservado en Secretaría (fs. 779/787 y vta.), los autos han quedado en condiciones de ser tratados.

2. Agravios recursivos:

2.1. La defensa sostiene que la sentencia carece de motivación y se basa en meras expresiones, unas dogmáticas y otras fundadas en la íntima convicción, asentadas en declaraciones de terceros –testigos de oídas, según refiere- sin valor probatorio alguno.

Seguidamente sostiene que no advierte referencia concreta a indicio serio o prueba alguna que pueda acreditar, siquiera prima facie, la responsabilidad penal que se le endilga a Muñoz.

Plantea –concretamente- que las declaraciones testimoniales de M.E.G. y L.A.M., brindadas en cámara Gesell, serían nulas de nulidad absoluta, así como también los actos consecuentes, por no haber sido el imputado “notificado personalmente de dicho acto, como para ejercer con plenitud el derecho de

///3. defensa en juicio, del debido proceso y del derecho constitucional de interrogar a los testigos”. Ello, afirma, “a pesar de encontrarse desde el primer momento, detenido e identificado”. Refiere que tal planteo puede invocarse en cualquier estado de la causa, y cita normativa y jurisprudencia en abono de su postura.

Por otra parte, cuestiona la calificación legal seleccionada por el juzgador por considerar que no debieron aplicarse a su defendido las agravantes contempladas en los arts. 41 bis y 41 quater del Código Penal.

En cuanto a la primera, entiende que el uso del arma es la forma de realizar el tipo y la conducta disvaliosa se agota en ese mismo acto, a lo que agrega que la única lógica que permite la aplicación de la norma sería que medie, antes de la realización del verbo típico, una intimidación dirigida hacia la víctima. Sostiene además que la inteligencia contraria llevaría a violar la prohibición de doble desvaloración derivada de la lógica jurídica y expresión del ne bis in idem. Cita doctrina y jurisprudencia sobre este aspecto

y concluye que el art. 41 bis no sería aplicable en este caso por considerar que no aparece demostrado en autos que el menor hubiese dado al arma de fuego un uso distinto del de instrumento homicida.

En relación con la agravante del art. 41 quater del Código Penal, la defensa sostiene que el Tribunal nada dijo sobre la intervención del menor, cuestión a la que entiende de suma importancia para su aplicación, por lo que afirma que la sentencia se encuentra infundada y deviene arbitraria.

///4. Señala que la utilización de un menor de 18 años en el hecho, para escudar la responsabilidad penal del autor, era ya antes de la incorporación del inciso cuestionado al Código Penal una circunstancia que servía para establecer la mayor o menor gravedad del ilícito, como pauta para la determinación judicial de la pena, por lo que argumenta que tal incorporación resultó innecesaria, además de inconveniente y constitucionalmente cuestionable. Menciona además tres proyectos de ley que procuraban modificaciones análogas y agrega que tanto de ellos como de la redacción del art. 41 quater “se desprende que la intervención en el hecho ilícito requerida por la norma respecto del sujeto menor de 18 años debe haber sido producto de la inducción, el engaño, el aprovechamiento o la amenaza producida por el sujeto mayor de edad con el fin de lograr su impunidad, habida cuenta que estas modalidades se encierran perfectamente en la idea de ‘uso’ o ‘utilización’ de este menor, como herramienta o instrumento del mayor”, mientras que, a su criterio, en este caso el menor (joven de 17 años) se valió del mayor (joven de 19 años). Alude en este aspecto al tratamiento parlamentario previo a la sanción de la norma.

Añade que no se comprende que la participación del mayor pueda adoptar cualquiera de las formas previstas (autor directo, mediato, coautor, cómplice primario o secundario, instigador) y menciona que tampoco pareciera ser procedente la intervención culposa del menor, siendo a su entender esta una razón más por lo que no basta cualquier

///5. intervención de menores de 18 años en un delito para habilitar la aplicación del art. 41 quater.

Hace referencia al problema personal que existía entre el menor y el grupo familiar de la víctima, del que era ajeno su defendido, por lo que entiende que ha quedado debidamente acreditado que el menor se valió del mayor para cometer el ilícito. Agrega que la agravante no sería de aplicación en los casos de coautoría donde no se diferencia el actuar de cada uno, y que debe aplicarse de modo motivado, no automáticamente. Cita jurisprudencia sobre el tema.

Por último, la defensa cuestiona el monto de pena por estimarlo arbitrario y fundado en premisas falsas.

Reseña parte de las consideraciones del Tribunal al respecto y refiere que Muñoz guardó respetuoso silencio en el debate, habida cuenta de que su declaración fue prestada en instrucción y leída en debate. Además señala que no se tuvo en cuenta que pidió perdón a los familiares presentes en audiencia.

Tilda de infundada la referencia a la condición económica y entiende que se torcieron subjetivamente algunas referencias, destacando que Muñoz manifestó que trabajaba en el cotillón de sus padres y estudiaba, y por ello le prestaban el auto familiar.

Resalta que se sostuvo que su pupilo participó de un hecho ajeno y que, a pesar de ello y de otras consideraciones (que se trata de un joven primario, tiene informes buenos y no tiene antecedentes), se consideró que había que apartarse del mínimo legal, lo que entiende un

///6. despropósito jurídico. Cuestiona además otras consideraciones por estimar que resultarían falsas y no surgían del expediente.

Por último, realiza la reserva del caso federal y solicita que se case lo decidido, se declare la nulidad de lo actuado y se absuelva libremente a su defendido.

3. Dictamen de la Fiscalía General:

El señor Fiscal General opina que los agravios del recurso no tienen posibilidad de prosperar, por no advertir defectos de fundamentación en el fallo -como los alegados por el recurrente- ni contradicciones a los principios de la lógica y la experiencia que lo tornen inmotivado o arbitrario, a lo que agrega que la subsunción jurídica del hecho resulta ser la adecuada y respeta la doctrina legal de aplicación obligatoria.

En cuanto a la supuesta nulidad de las declaraciones testimoniales recibidas mediante el sistema de cámara Gesell, por ausencia de notificación al imputado, señala que no podrá prosperar porque resulta contraria a las disposiciones legales y al criterio que han sentado este Superior Tribunal de Justicia y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al que hace referencia.

Sostiene que, en el caso, el derecho de defensa en juicio del imputado debe compatibilizarse con las directrices de la Convención de los Derechos del Niño, con cita de dictámenes de la Procuración General sobre esa temática.

Afirma que en estos autos la defensa ha tenido la posibilidad de controlar la producción de la prueba y de

///7. intervenir en el momento en que los jóvenes prestaron declaración, y que si así no

lo hizo fue en razón de una propia determinación y no por impedimento derivado de la falta de notificación alegada, por lo que a su entender no aparece conculcado ningún derecho constitucionalmente reconocido ni se ha demostrado la lesión al derecho de defensa. A ello suma que los actos cuestionados han sido debidamente notificados a la parte, que asistió a ambos, y que un día después de recibida la última de las cámaras Gesell el imputado designó abogado defensor, haciéndolo en cabeza de la representante de la Defensa Pública, doctora Verónica Rodríguez. Refiere jurisprudencia de este Cuerpo al respecto.

En cuanto a los agravios relativos a la errónea aplicación de la ley de fondo, propicia su rechazo por cuanto la pretendida significación que la defensa asigna a las normas sustanciales no resulta ser correcta. Cita dictámenes de la Fiscalía General y la doctrina legal vigente sobre esos aspectos.

También alude a fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno a la temática de la arbitrariedad de las sentencias.

Por último, se ocupa del cuestionamiento al monto de la pena impuesta y propone su rechazo, resaltando que se critica la pertinencia de los motivos que brinda la sentencia, no la ausencia de fundamentación, por lo que entiende insuficiente sus argumentos, con mención de jurisprudencia de este Cuerpo al respecto.

Concluye su dictamen solicitando el rechazo del

///8. recurso impetrado por la defensa.

4. Hechos reprochados:

Se le reprocha a Diego Gabriel Muñoz el siguiente hecho: “En fecha 17 de agosto de 2011, siendo aproximadamente las 23:30 horas, el prevenido Diego Gabriel Muñoz prestó la colaboración necesaria, al conducir el vehículo Suzuki Fun Dominio HFO 100 en el que transportaba en el asiento del acompañante al menor E.P.; al llegar al frente del domicilio de la calle Falucho N° 1334 de Cipolletti, Muñoz, disminuyó la velocidad del vehículo, cooperando de esta manera a que E.F.P., apunte con la pistola calibre 22 y efectuó al menos 4 disparos en dirección a donde se encontraban los hermanos M., impactando uno de ellos en la cabeza de J.E.M., dándole de esta manera muerte al mismo. Ello de acuerdo al plan previo establecido, con la finalidad homicida, la cual se lo habían manifestado al primo de la víctima el día anterior” (conf. requerimiento de elevación a juicio de fs. 209/213, citado en la sentencia a fs. 447).

5. Análisis y solución del caso:

5.1. A los fines de encuadrar y dar un orden al análisis de la expresión de agravios, se

tiene que:

- plantea falta de motivación de la sentencia y razonamiento fincado en la íntima convicción, por hacer mérito de declaraciones que -a su entender- son nulas;
- aduce inobservancia o errónea aplicación de la ley fondal, al encuadrar el reproche en los arts. 41 bis y 41 quater del Código Penal, y
- cuestiona el monto de la pena.

///9. 5.2. La pretendida nulidad de las declaraciones testimoniales brindadas en cámara Gesell:

Como adelanté, la defensa plantea en primer término la nulidad absoluta de los testimonios de los menores L.M. y M.G. (hermano y primo de la víctima, respectivamente), y alega que el imputado no ha sido “notificado personalmente de dicho acto, como para ejercer con plenitud el derecho de defensa en juicio, del debido proceso y del derecho constitucional de interrogar a los testigos”, ello “a pesar de encontrarse desde el primer momento, detenido e identificado”.

Para decidir esta cuestión resulta necesario tener presente la secuencia fáctica en cuanto a las primeras actuaciones llevadas a cabo en esta causa, en lo que aquí interesa.

Así, el hecho ocurrió momentos antes de la medianoche del 17 de agosto de 2011, y el menor L.M., que se encontraba junto a su hermano J. cuando este recibió el disparo en la cabeza que le provocaría la muerte, declaró mediante cámara Gesell a las diez de la mañana del día siguiente (fs. 37), diligencia a la que concurrió, previa notificación del Juzgado interviniente, el señor Defensor Oficial doctor Gustavo Vicens.

Hasta ese momento Muñoz no solo permanecía en libertad, sino que la prevención policial todavía no lo había vinculado con la investigación del hecho.

Esa misma mañana, es decir, el 18 de agosto, tuvo lugar una serie de allanamientos, producto de los cuales se dio con el paradero del menor autor del disparo mortal y de

///10. quien conducía el automotor en el que se trasladaban en la oportunidad, esto es, el aquí imputado.

Tales allanamientos terminaron alrededor de las 12:55 horas (fs. 16) e inmediatamente después el personal policial se percató de que quien hacía las veces de testigo de actuación, por encontrarse presente en el domicilio de un pariente del menor autor, tenía vinculación con la investigación, a partir de información que se le brindó a la policía durante esa diligencia, sumada al nerviosismo demostrado y la reticencia en brindar datos propios (fs. 20 y declaración en el debate por el policía Monsalve). En consecuencia, a las 13 horas se ordenó la demora de Muñoz y su traslado a la Comisaría

por averiguación de antecedentes (fs. 19). A fs. 28 consta que, a las 18:20 horas, la policía le notificó que se encontraba detenido-comunicado en virtud de una causa por homicidio, así como sus derechos, entre ellos el de nombrar defensor, que no ejerció en ese momento.

En cuanto al segundo testimonio cuestionado, M.G., primo del testigo M. y de la víctima, fue citado por el Juzgado interviniente para declarar al otro día, el 19 de agosto, a las doce horas. A dicha diligencia también asistió el Defensor Penal antes referido, debidamente notificado (conf. fs. 59).

Por su parte, Muñoz recién optó por designar abogado al día siguiente (20 de agosto), al concurrir al Juzgado de Instrucción, designación que recayó en la Defensora Penal doctora Verónica Rodríguez, que se encontraba de turno (fs. 60). Ese mismo día se citó a Muñoz a indagatoria para el 23 ///11. de agosto, momento en que se le imputó la participa-ción en el hecho que motivó este expediente (fs. 64).

A partir de la secuencia reseñada se advierte que el agravio no ha de prosperar, por las razones que siguen:

En primer lugar, la realización de ambas entrevistas en cámara Gesell fue debidamente notificada a un representante del Ministerio Público de la Defensa, quien asistió a tales diligencias en resguardo de los derechos del imputado, que en realidad en ese entonces no se encontraba aún identificado como tal.

Contrariamente a lo referido por el letrado recurrente, al momento de declarar el testigo L.M., el imputado no se encontraba identificado o individualizado; en tanto, cuando debió declarar M.G., si bien Muñoz había sido demorado, aún no se le había dirigido imputación alguna en relación con el hecho investigado. Es justamente por tal razón que se notificó a la Defensa Oficial para que efectuara el control de dicha prueba.

De tal manera, se dio cabal cumplimiento a las prescripciones formales que resultan reglamentarias de mandas de raigambre constitucional (arts. 185, 186, 229 y 230 C.P.P.), lo que incluye lo establecido en la Resolución 163/07 STJ, una de las normas que también se alegan vulneradas en el recurso, que establece: “Si el imputado no está individualizado, se citará al defensor general. Si está individualizado, en forma posterior a la designación de abogado defensor, se le comunicará la realización de la audiencia, a efectos que ejerza su derecho” (punto 20).

///12. Plasmado en acta se encuentra que la Defensa compareció y controló ambos actos, en cumplimiento de su ministerio. También consta que, al momento de ser intimado y notificado del llamado a indagatoria, el imputado ejerció su derecho de designar

defensor, a partir de lo cual fue asistido nuevamente por la Defensa Pública, que recayó en la funcionaria de turno, doctora Verónica Rodríguez, quien solicitó y le fue proporcionada copia de los DVD que contenían dichas declaraciones (fs. 64 y vta.), para luego requerir la fijación de audiencia para ampliación de indagatoria (fs. 70). Posteriormente Muñoz ejerció también su derecho de proponer nueva defensa, nominando a un abogado particular que, al aceptar el cargo, tomó la causa en el estado en el que se encontraba, *in statu et terminis*, es decir, sin posibilidades de volver sobre actos de defensa cumplidos en el proceso. Salvo, claro está, que demostrara cabalmente que el imputado no gozó de defensa técnica efectiva, ausencia que eventualmente acarrearía la nulidad de lo actuado hasta el momento de su asunción, lo que no ha ocurrido en autos.

Lo expuesto evidencia la falta total de sustento del planteo, a lo que se agrega que la actual defensa particular de Muñoz, que intervino ya con citación a juicio, al ingresar al proceso contaba con la prueba ofrecida por las partes, entre la que se encontraban las testimoniales brindadas en cámara Gesell aquí cuestionadas, cuya incorporación había sido propuesta por todas ellas. Este dato es relevante porque demuestra la improcedencia de que, a esta altura del trámite recursivo, la defensa venga

///13. cuestionando prueba que fue ofrecida por esa misma parte, más allá de que haya existido una sucesión en la intervención entre defensa oficial y particular. Retomando entonces lo que se venía reseñando, al comenzar su rol de asistente técnico, el aquí recurrente fue conocedor del ofrecimiento probatorio, debidamente considerado por la Cámara (incluso consta que solicitó copias de diversas actuaciones -fs. 322-, incluyendo la providencia referida, obrante a fs. 290), y a pesar de tal conocimiento nada señaló en cuanto a algún vicio nulificadorio que pudiera haber advertido en tales diligencias. Además, en cuanto a las constancias del debate, al ser invitado por la Presidencia a plantear cuestiones preliminares, bajo pena de caducidad, la parte nada dijo (fs. 414), y tampoco se refirió a las nulidades ahora denunciadas al momento de realizar los alegatos finales (fs. 439/441), lo que demuestra la falta de trascendencia del planteo para los intereses de su defendido.

Por otra parte, al agravarse, la defensa no desarrolla argumento alguno que permita evidenciar el supuesto perjuicio concreto que se le habría ocasionado a su pupilo (por ejemplo, dando cuenta de qué interrogantes dejaron de hacerse a ambos menores que hubieran sido decisivos para la defensa de Muñoz), ni qué defensa se vio privada de ejercer, o qué derecho le fue negado al ser representado por el Defensor Oficial (en su

calidad de ausente o autor ignorado).

En síntesis, el recurrente no ha demostrado, ni se advierten, las violaciones a las normas rituales,

///14. constitucionales ni convencionales que refiere, todo lo cual sella la suerte del planteo.

5.3. Las críticas respecto de esos relatos. Falta de fundamentación:

Establecida entonces la validez de tales declaraciones, resta mencionar que la defensa no cuestiona de modo suficiente la credibilidad que se le ha asignado a ambos relatos, y simplemente alega que los declarantes serían testigos de oídas, lo cual no solo no se ajusta al contenido de sus dichos, sino que además no resulta una crítica razonada de la convicción que emana de tales testimonios. En efecto, en ambas declaraciones (a las que ha tenido acceso este Superior Tribunal a partir de la observación de la videograbación de esas entrevistas) los adolescentes testigos, más allá de hacer algunas referencias a dichos de otras personas, han dado cuenta -de modo coherente, detallado y, en definitiva, creíble- de lo que pudieron percibir merced a sus sentidos. Así, M. explicó que vio y escuchó los disparos, uno de los cuales alcanzó a su hermano, y G. dio cuenta de que le tocó escuchar, horas antes, la amenaza proferida por quien luego resultaría ser el autor de tales disparos, amenaza realizada por ese menor de edad mientras le mostraba que llevaba un arma consigo, destinada a uno de los primos del declarante, quien debía cuidarse ya que “lo iban a hacer boleta”; también dijo haber visto a Muñoz en su auto con el imputado esa misma tarde. Dichos estos que lejos están de la adjetivación pretendida por el impugnante (“de oídas”), pues el primero escuchó el estampido y vio cómo derribaban a su

///15. hermano (testigo presencial). Por su parte, el segundo también presenció el momento en que le anunciaban a uno de sus primos la promesa de muerte, exhibiéndole el arma luego efectivamente utilizada.

Por consiguiente, la pretensa crítica relacionada con el valor probatorio de tales manifestaciones no posee sustento.

5.4. La agravante contemplada en el art. 41 bis del Código Penal:

El segundo agravio recursivo, consistente en considerar inaplicable al caso la agravante que establece el art. 41 bis del Código Penal, tampoco ha de prosperar, en virtud de que los argumentos referidos por la defensa (que el uso del arma sería la forma de realizar el tipo y la conducta disvaliosa se agotaría en ese mismo acto; que para aplicar la norma debería mediar, antes de la realización del verbo típico, una intimidación dirigida hacia

la víctima, ya que lo contrario violaría la prohibición de doble desvaloración derivada de la lógica jurídica y expresión del *ne bis in idem*) se desentienden de los fundamentos en los que se basa la doctrina legal de este Superior Tribunal, recientemente reafirmada por la actual integración del Cuerpo (conf. STJRNS2 Se. 35/14 “Paillalef”, del 18/03/14), que reiteradamente ha establecido que, dado que el delito de homicidio no tiene como elemento constitutivo su comisión con arma de fuego, corresponde la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal (conf. STJRNS2 Se. 172/12 “Chucair”, entre muchas otras). También se ha explicado que “[e]l legislador quiso sancionar hechos

///16. ilícitos cometidos mediante un elemento específico de muy amplio poder vulnerante e intimidatorio, lo que introduce un riesgo mayor para la víctima y disminuye sus posibilidades de defensa” (STJRNS2 Se. 63/13 “Méndez”).

Asimismo, se ha aclarado que tampoco se vulnera el principio de legalidad, teniendo en consideración que el art. 41 bis ha sido incorporado al Código Penal con anterioridad a la comisión de los hechos (conf. STJRNS2 Se. 100/12 “Cofre”), aspecto este último no cuestionado en el presente.

Por último, como también ocurrió en el reciente fallo antes citado, la defensa no ha cuestionado fundadamente la validez de la norma criticada –por caso, no ha argumentado, fundado ni pedido su declaración de inconstitucionalidad-, por lo que mal podría dejar de aplicarse a los hechos que se le reprochan a Muñoz, más allá de que tampoco se aprecia una inconstitucionalidad palmaria y manifiesta que habilite tal declaración merced al control difuso y oficioso de constitucionalidad de las normas. Tarea que si bien resulta insoslayable para el juzgador, no por ello se ejerce graciosamente, sino que –por el contrario- se nutre de prudencia y respeto a la división de poderes, en tanto constituye la ultima ratio a la que podría acudir, adoptando la doctrina y la jurisprudencia que claramente sostiene: “El control de constitucionalidad por su gravedad resulta ser la última ratio del ordenamiento jurídico y requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto” (Cf. Aída Kemelmajer de Carlucci, *El poder Judicial*, ed. Depalma, 1989, págs. 235/250; *id.* CSJN,

///17. Fallos: 156: 202; 258: 255; 302: 1066, entre otros). “Más aún en el caso de duda entre la validez o no de la norma ha de estarse siempre en favor de la constitucionalidad de la misma” (CSJN Fallos: 14: 425, 105: 22, 112: 63, 182: 317, entre otros).

5.5. La cuestionada aplicación del art. 41 quater del Código Penal:

En este aspecto la defensa considera arbitraria la sentencia por estimar que nada dijo sobre la intervención del menor, y por entender que la agravante en cuestión no era de aplicación al caso.

Del confronto del fallo y la crítica formulada se está en condiciones de adelantar que le asiste razón a la parte, en tanto la aplicación del art. 41 quater del Código Penal, para agravar la conducta reprochada a Muñoz, no fue acompañada de ninguna argumentación referida al caso. Es decir, se hizo la subsunción de modo prácticamente automático, ante la corroboración objetiva de que el hecho que se le endilga se realizó con la intervención de un menor de edad, tal como reza la norma aludida.

Podría decirse que, al así resolver, la Cámara aplicó –aunque sin explicitarlo– el criterio seguido por la doctrina legal de este Superior Tribunal que regía el caso (STJRNS2 Se. 286/10 “Muñoz”), la que se basa en la claridad y el sentido semántico de la norma, que no exigiría que la persona mayor de edad se haya valido del menor para delinquir, ni que lo haya inducido, engañado, amenazado o se haya aprovechado de él, contrariamente a lo argumentado por el recurrente.

///18. Sin embargo, las particularidades del caso, expuestas por el recurrente y evidenciadas en las constancias de la causa, sumadas a que se trata de la primera vez que este Cuerpo, en su actual integración, debe tratar el agravio aquí analizado, aconsejan la revisión de los fundamentos de esa doctrina legal en torno a la interpretación de la agravante referida.

Resulta conveniente entonces, en primer lugar, hacer un repaso de los fundamentos de la doctrina legal mencionada.

En el precedente sentado por la Sentencia 286/10 (“Muñoz”, ya citado) se reconoció que en doctrina y jurisprudencia la calidad de la intervención de los menores de edad requerida para la aplicación de la agravante genera interpretaciones diversas, que incluyen posiciones más restrictivas (que entienden que esa participación debe evidenciar que se ha pretendido descargar la responsabilidad en los menores de edad, o que estos han sido instigados por los adultos para intervenir en el hecho o han sido utilizados como un instrumento para evitar la punibilidad de los mayores, que obrarían como autores mediatos a través de los jóvenes no punibles o sometidos a un régimen penal especial más benigno); otras con el acento en la preservación del menor de edad, que entienden que la agravante procedería no solo en los supuestos señalados, sino también cuando se demuestre algún ascendiente que el mayor tiene sobre el menor para impulsarlo a delinquir, y una tercera postura que entiende que no debe acreditarse

///19. ninguna de esas exigencias por no surgir de la letra de la disposición legal.

De todas las prenotadas posturas, se optó por la última y se estableció que para el funcionamiento de esta circunstancia no sería necesario acreditar la intención de descargar la responsabilidad en el menor o que este haya sido instigado a participar en el delito u otro hecho subjetivo, por no surgir de la ley tales exigencias. En concreto, se afirmó que la finalidad del legislador no se ve reflejada en el texto de la norma y por eso no puede transformarse en derecho positivo, por lo que se sostuvo que, “si el precepto en cuestión se limita a agravar el delito cuando éste ‘sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad’, parece justo que la inteligencia semántica de la norma no se condice con la argumentación postulada por la defensa”.

En claro se tiene entonces que el aludido fallo hace prevalecer el sentido semántico de la ley, lo que lleva a descartar la exigencia de todo aquello que no fue contemplado expresamente en la norma para que proceda la aplicación de la agravante, como sería el caso de alguna intencionalidad particular en el agente -mayor de edad- que delinque junto a quien no alcanzó la mayoría de edad.

La cuestión no es menor si se establece como dogma que los jueces al aplicar la ley no la interpretan o, si lo hacen, su tarea es de pura verificación semántica, literal o de lenguaje, en contraposición a la obligada tarea interpretativa que impone –en el dogma y en la praxis- indagar la razonabilidad de la norma, encontrando así la

///20. principal cualidad del acto de autoridad, esto es, la razón por la cual la pluma del legislador se propuso plasmar en el Código Penal una nueva agravante genérica más allá de las ya enunciadas en los arts. 40 y 41 del digesto fondal.

En cuanto a la tarea interpretativa de los jueces, el cimero Tribunal de la Nación tiene dicho que la inconsecuencia no se supone en el legislador, de manera que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones (Fallos 390:195); así también, que uno de los parámetros más seguros para verificar la razonabilidad de la inteligencia de una norma y su congruencia con el resto del sistema del que forma parte es la consideración de sus consecuencias (Fallos: 310:267). En cuanto a la inteligencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que debe indagarse teniendo en cuenta el contexto general y los fines que la informan, para lo cual el intérprete atenderá a sus términos, de modo de consultar la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador, “... extremos que no deben ser obviados por las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal” (Fallos 310:799). También se ha dicho que es regla en la interpretación de las leyes dar pleno

efecto a la intención del legislador, computando la totalidad de sus preceptos de manera que se compadezcan con el resto del ordenamiento jurídico y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 296:22, 310:937).

Lo precedentemente señalado resulta un sencillo vademécum de hermenéutica elaborado por la Corte Suprema de

///21. Justicia de la Nación que permite evidenciar que la tarea no se agota en la literalidad.

En la tarea interpretativa, la indagación de la ratio legis de la norma permite su control de razonabilidad. Dicho control, en el marco del saludable equilibrio republicano, no conlleva una incursión no autorizada del Juez sino -antes bien- una labor de profunda aspiración de justicia.

De allí que, en esta temática traída a examen, resulte adecuado traer los claros conceptos del vocal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, en cuanto ha expresado que "... el art. 1º de la Constitución Nacional establece el principio republicano de gobierno y, como es sabido, una de las consecuencias de este principio en el marco de todo estado de derecho, es que los actos de cualquiera de los poderes del estado deben ser racionales, o sea, que deben tener una explicación que resulte mínimamente convincente para la ciudadanía. El desconocimiento de este principio importaría que una agravación funcionaría por sí misma, aunque careciere de cualquier explicación razonable, operando solo en función de voluntad punitiva estatal.

"El derecho de un estado constitucional de derecho no puede legitimar la pena solo en función de su voluntad punitiva, renunciando a valorar la legitimidad de esa voluntad conforme a una ratio legis razonable. Tal legitimación corresponde a estados legales de derecho y, en especial, a manifestaciones autoritarias del estado..." (conf. CSJN N. 125. XLVI. "Núñez, Maximiliano s/ causa n° 12.183",

///22. sentencia de fecha 24 de septiembre de 2013, voto disidente del doctor Zaffaroni, considerando 4).

Lo cual, en pocas líneas y con meridiana claridad, nos indica que en el Estado constitucional de derecho, en contraposición al Estado legal de derecho, la norma debe ser interpretada y aplicada, incursionando en su télesis, en su razón de ser o ratio legis, y verificar que goce de racionalidad. Lo que es igual a decir –con mayor precisión- lo que ya tiene declarado el alto Tribunal, como antes he referido, esto es, que el intérprete atenderá a sus términos de modo de consultar la racionalidad del precepto y la voluntad

del legislador.

A este método no ha sido ajeno este Cuerpo en pronunciamientos del fuero penal (STJRNS2 Se. 15/96 “G., F.A.”, 84/02 “Ullua”, 48/03 “Incidente”, 158/04 “Incidente” y 9/11 “Méndez”), tanto menos en materia constitucional de originaria competencia, en los que constante e inveteradamente se ha citado el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Asociación Benghalensis y otros c/Min. de Salud y otros” (Fallos: 308:1861), en el que se expresó: “Es misión del intérprete indagar el verdadero sentido y alcance de la ley, mediante un examen atento y profundo de sus términos que consulte la realidad del precepto y la voluntad del legislador, pues sea cual fuere la naturaleza de la norma, no hay método de interpretación mejor que el que tiene en cuenta la finalidad de aquella”.

Con ese propósito corresponderá entonces bucear en los fundamentos expresados por el creador de la norma,

///23. abordando la tarea merced a la cual pueda conocerse el contexto general, los fines, en concreto la inteligencia y su razonabilidad.

Así, entre los proyectos debatidos, el del diputado Víctor M. E. Fayad proponía agravar la escala penal “a la persona de 18 años o más que delinquire con la intervención de un menor que no ha cumplido 18 años o se valiere o sirviere de éste o determinare directamente a cometerlo”, mencionando entre sus fundamentos a las “organizaciones criminales (que) para lograr su impunidad se valen de menores para delinquir”, por lo que había que “proteger a los menores del grave perjuicio al que quedan expuestos...”. De ello se infiere que la razón de la norma está dada en punir con mayor rigor a quien se vale, se sirve del menor.

El texto proyectado por la diputada Irma Roy proponía idéntica norma, ante “los hechos que acontecen asiduamente, en los que vemos en su mayoría la participación de menores de edad, apoyados o instigados por mayores, nos obligan a tomar decisiones que conlleven la intención de disminuir este tipo de situaciones delictivas”, por lo que se expresaba que “(e)s nuestra preocupación preservar a los menores e intentar que no sean educados ni influenciados hacia el delito”. Nuevamente la razón finca en “disminuir” la delincuencia propiciada o instigada, como también en preservar a los menores.

Un tercer proyecto, de la diputada Silvia V. Martínez, agravaba la pena a “las personas mayores de 18 años, si los hechos se cometieren sirviéndose de niños o en perjuicio de éstos”, “a efectos de contribuir a la

///24. prevención de la explotación de niños en el delito”. La razón de la norma está aquí descripta con mayor contundencia (“sirviéndose”, “explotando”).

Un cuarto texto proyectado –de autoría del diputado José R. Martínez Llanos- establecía que se podía agravar la pena de los adultos por la inclusión de menores en la comisión de los delitos (lo que se agravaba aun más si estos eran hijos de los reos, supuesto en que se contemplaba la quita inmediata de la guarda de sus hijos). Se preveía que cabían dentro del ámbito de esta ley “las personas que promovieren a personas menores de edad a cometer delitos con beneficio para sí o para terceros”, y se aludía a “delitos ideados y premeditados para ser cometidos por personas menores de edad” y que lo que se pretendía era “amparar a la persona menor de edad para que sea tratada como un sujeto de derecho y no como un objeto de derecho. Ergo penar a quienes así lo hicieren al intentar reducir a un menor de edad en un instrumento delictivo”. Así, la ratio legis define al menor como instrumento.

Por su parte, el Senado introdujo en el análisis, además, otro proyecto del senador Miguel Pichetto que proponía que “la pena se incrementará en un tercio del mínimo y en la mitad del máximo. Cuando en el hecho hubieren intervenido menores, imputables o no, o se hubiere determinado a los mismos, directamente a cometerlo”, señalando entre sus fundamentos la necesidad de poner el “acento en aquellos sujetos penalmente responsables, que arrastran en su accionar a estos menores”. Asimismo, se sostuvo: “El problema del menor delincuente se potencia, sin

///25. duda, por el hecho de tener que albergar nuestra sociedad en su seno, a menores que son utilizados o determinados a delinquir, ingresando en una suerte de escuela del delito que se retroalimenta constantemente, más aún en el caso de tratarse de menores inimputables, por la posibilidad que apareja esa inimputabilidad de no responder por sus actos, y que significa en la práctica, que estos menores puedan ser lanzados rápidamente a la comisión de otros delitos”. Explícito razonamiento fundante de la norma enderezado a castigar al adulto que arrastra, utiliza o determina al menor a delinquir.

Más allá de los proyectos antes mencionados, de cuya lectura, como ha sido reseñado, surge que no toman en consideración la mera intervención de personas menores de edad en los delitos cometidos por adultos, debe agregarse lo que surge de las constancias del debate legislativo en ambas Cámaras (conf. antecedentes parlamentarios de la Ley 25767, La Ley, año XII, n° 5, junio de 2005), donde puede leerse claramente que se resumió la esencia de la reforma que se pretendía introducir al Código Penal en el sentido de que “este proyecto propicia un aumento de las penas para los adultos que

utilizan menores en la comisión de delitos” (debate en la Cámara de Diputados, párrafo 66, el destacado no es del texto original) y que “el fin de la inclusión de la norma que aquí se acompaña dentro de la parte general del Código Penal, procura realmente desalentar la utilización de menores de 18 años para cometer delitos por parte de mayores de dicha edad; sea que se valgan de éstos o que los hagan participar como autores o partícipes, lo que equivale a

///26. participar en el delito” (tratamiento en la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios del Senado, párrafo 70, destacado agregado).

Asimismo, al debatirse este tema en el Senado se dijo que “(e)sta es una forma de proteger a los menores. Es decir, disuadir a los mayores para que no utilicen a los menores de edad en sus delitos”; también, que “(h)ace ya varios años que intentamos aumentar la pena de los mayores que usan a menores para delinquir... esto serviría como una protección específica para la minoridad y una defensa de los ciudadanos contra la delincuencia que queda impune”, y que “el proyecto tiene alta razonabilidad porque busca aumentar en un tercio las penas que les corresponderán a aquellos mayores que usen a menores, lo que constituye un hecho habitual y reiterado” (párrafos 88, 101 y 102)

Baste el racconto de los fundamentos dados en el Congreso para evidenciar que, dentro de un contexto de inseguridad ciudadana, el legislador ha creado la norma con la finalidad de evitar que los mayores utilicen a los menores (léase: niños y adolescentes) para la comisión de delitos; finalidad que se desdobra en lo tuitivo (protección del menor) y en lo disuasivo (mayor punición al adulto).

De todos los proyectos se extrae que debe estarse ante un adulto que utiliza al menor como instrumento, lo arrastra hacia el delito, se sirve, lo explota, lo utiliza para lograr su impunidad. He allí entonces la ratio legis que, pasada por el tamiz de la razonabilidad, se presenta respetuosa del principio de culpabilidad, en tanto al adulto se le incrementará la punición cuando surja que esas

///27. circunstancias se presentaron en el caso. Cuestión de hecho que el juez ponderará del mismo modo que todas las demás circunstancias (objetivas y subjetivas) que se enumeran en los incs. 1 y 2 del art. 41 del Código Penal.

Surge entonces sin mayor esfuerzo del debate parlamentario cuál es precisamente el alcance de las conductas que la norma tiende a desalentar, que de ningún modo engloba a la totalidad de los posibles supuestos en que algún adulto participe junto a un menor de edad de la comisión de delitos, lo cual resulta razonable pues de ese modo la ley

intenta resguardar el interés superior de las personas menores de edad que pudieran verse perjudicadas al ser involucradas, por influencia de otras mayores, para intervenir en tales actividades ilícitas; además, estas últimas de algún modo estarían aprovechándose de la inmadurez e inexperiencia de quienes se encuentran en una etapa de desarrollo de su personalidad, e incluso en algunos casos, según la edad del menor, buscarían también la impunidad de las propias conductas ilícitas desplegadas. Todas estas situaciones -que son, reitero, las que justifican la actividad legislativa tendiente a proteger a las personas menores de edad, tal como surge de la intención del legislador antes reseñada- hacen más reprochable la conducta de las personas adultas que intervienen en los hechos, habilitando así un mayor grado de poder punitivo estatal.

La norma analizada, con el alcance que se le ha dado a partir de la intención del legislador al sancionarla -que es el único posible y razonable, en el marco del control de ///28. constitucionalidad y convencionalidad que se viene desarrollando-, debe aplicarse para resguardar el interés superior de los niños, niñas y adolescentes que se verían perjudicados por la actuación de las personas adultas que, o bien han procurado valerse de ellas para descargar su responsabilidad, en búsqueda de la impunidad de sus propias conductas, o bien los han inducido o ejercido influencia sobre aquellos para que delinquieran junto a ellos.

Ahora bien, no se está entonces ante la sola intervención del menor en el hecho, sino ante aquellas circunstancias que permitan sostener que fue presa de esa utilización, que sobre el menor existía ascendiente y perniciosa influencia.

La aplicación automática de la agravante en tratamiento, por pura exégesis, implica desvirtuar la ratio legis, y hace desaparecer la racionalidad o razonabilidad antes justificada.

A esta altura es menester enfatizar que el autor de un delito responde en la medida de su culpabilidad. Por consiguiente la punición, que no ha de ser severa ni benévola sino, esencialmente, respetuosa del principio de culpabilidad, debe cuantificarse con base en circunstancias comprobadas.

No siempre la intervención de un menor de edad en la comisión de un hecho delictivo responde a la actuación de un mayor que lo induce, lo arrastra, lo utiliza, y ello se debe desentrañar de la dinámica propia del hecho y las circunstancias objetivas y subjetivas que le dieron marco. En concreto, esa inferencia o determinación que el mayor

///29. ejerce sobre el menor es una cuestión fáctica y como tal debe probarse, esclareciendo el requerimiento subjetivo para luego agravar el reproche y la punición.

De otro modo, parafraseando nuevamente al señor vocal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, se trataría de “un incremento ipso facto”.

Destaco en este sentido que, aun desde la postura que entiende que en la formulación de la norma ha prevalecido un criterio amplio en cuanto a la “intervención” del menor (aunque aclarando que debe tener siempre un significado jurídico, penalmente relevante), se ha reconocido que “por supuesto que por fuera de los casos prototípicos, podrá siempre existir algún supuesto en el que corresponda efectuar un mayor esfuerzo para elucidar si por la particular configuración del suceso en el que participan en sentido amplio un mayor y un menor de edad la intervención del primero interesa ese énfasis punitivo” (SCJ Buenos Aires, sentencia del 09/04/14, expte. P 111.446 “Roldán, Jorge armando s/ Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 38.330. Tribunal de Casación –Sala I–”, voto del doctor Daniel F. Soria al que adhirieron sus colegas doctores Hilda Kogan, Eduardo N. De Lázzari y Héctor Negri, publicado en DPyC 2014 octubre, 123; cita online: Ar/Jur/18715/2014).

Establecido así el ámbito de aplicación de la norma, todo supuesto que no se ajuste a la ratio legis antes expuesta queda fuera de aquella, precisamente por estar desprovisto de todo sustento razonable. Uno de esos casos es

///30. el que nos convoca en este expediente, por las razones que daré a continuación.

Ha quedado claro el vínculo que existía entre Muñoz y P., que bien podría catalogarse de amistad, y que el hecho investigado habría sido originado a partir de la iniciativa del segundo, quien con anterioridad habría tenido algunos problemas personales con los hermanos M., de los que era ajeno Muñoz.

Al valorar los dichos del menor autor de los disparos en cuanto a cómo se habrían originado los hechos, la Cámara mencionó al respecto que “(h)izo hincapié que todo empezó en una fiesta por un problema que tuvieron con L. el hermano y hubo una discusión y se pelearon por unos bolazos que se tiraron porque insultaban a unos amigos. Peleó el dicente con los dos hermanos con el que falleció y con L., fue a mano limpia, luego se cruzaban y se insultaban mutuamente con los dos hermanos. Un día antes del hecho lo mandaron a buscar milanesas y pasó frente a la casa de ellos, estaba L. con la novia en la esquina y allí lo invitaron a pelear porque le decían pichón y que vendía drogas, buscó las milanesas y no estaba allí el chico estaba adentro de la casa. Cuando pasa enfrente sale L. con un cuchillo corriendo invitándolo a pelear pero el dicente no quería y cuando se le abalanzan encima salen el padre y la madre y lo

corrieron. La madre agarró a la chica de los pelos y el padre y el hijo los corrieron, antes de llegar le tiraron puñaladas, pero corrió y le sacó distancia, y cuando vuelve ve que le pegaron un puntazo al chico que estaba con la novia, de nombre J.L.Y. Que el hermano de

///31. J., L., le dio el puntazo a J. Luego fue a la plaza y le dijo que lo iba a pinchar. Se alcanzó a escapar. Quedó enojado porque lo había corrido.

“Hasta aquí no hace más que situarse como víctima de la agresividad de los hermanos M., en realidad de la familia entera, su amigo Y. es el que recibe un puntazo, sin embargo, nunca lo denunció, es más no fue traído al juicio por la defensa. Por supuesto que este suceso que fue desmentido enfáticamente por los testigos C.A.G. y L.E.M., padres del menor víctima, no es una excusa para el brutal hecho juzgado, por el contrario, es demostrativo de la clara intención homicida ante la situación narrada. Sin embargo cuesta aceptar como real la versión de E. que nadie puede acreditar ya que no refiere por qué razón va a buscar milanesas y justo pasa por la casa de las personas con las que peleó.

“Respecto al día del suceso dijo haber estado en la plaza donde combinó Alplax con Fernet, que su amigo Diego lo pasó a buscar para dar una vuelta en su auto Suzuki, que es de la madre de Diego. Dieron unas vueltas por un rato largo y luego le dice que pasen por la casa del chico J. Aquí no se comprende el relato que pretende arrojar ingenuidad en la conducta de Muñoz, ya que si son amigos, si están juntos, debe conocer el conflicto con los hermanos M., debe haber una causa para pasar a esa hora por la casa de ellos, pero parecería lo más común pasar a medianoche por la casa de las personas con las cuales tuvo pelea a cuchillo un día antes” (fs. 462/464).

///32. Mas adelante se alude a que Muñoz “en su indagatoria dijo que estaba dando vueltas en el auto y pasó por la casa de P. porque lo conoce del barrio, dieron vueltas durante dos horas y después, cerca de las 12 de la noche, E. le pidió que pase por la calle Falucho...” y se agrega, en cuanto a la relación que unía a ambos jóvenes, que Muñoz “conoce a E. y andan juntos bastante tiempo ya que eso lo dicen todos los testigos sea M., M.G. y hasta inclusive el hermano de la víctima, también lo dice N. También dicen que se juntan en la plaza con otros más y que siempre andan armados, en tal sentido la declaración de P.M. es hartamente demostrativa...[...] Todo demuestra sin hesitación alguna que Muñoz sabía perfectamente la existencia del arma, que conocía a los hermanos M. y que sabía del problema que había entre ellos y P.. Como dijo el Sr. Juez Baquero Lazcano al resolver la apelación: nadie hace de chofer a otro

gratuitamente, son amigos y muy buenos amigos” (466/467).

Afirmada entonces la estrecha relación vincular que existía entre ambos jóvenes, la escasa diferencia de edad que los coloca en diferentes etapas etarias y la motivación del menor de ellos para cometer el hecho, todo lo cual tiene correlación con el grado de participación que se tuvo por probado en relación con cada uno (el menor P. como autor de los disparos y Muñoz –que conducía el automóvil- como partícipe necesario, aspecto que no se encuentra controvertido), no puede considerarse validamente que el mayor de edad se haya valido del menor o haya querido influir en este para que actuara como lo hizo.

///33. En punto a la escasa diferencia de edad de ambos jóvenes –Muñoz era mayor de edad por tener 19 años, mientras que P. tenía 17 años y medio-, sumada al vínculo de amistad aludido, cabe descartar la existencia de algún tipo de desigualdad en el trato entre ellos, y tampoco se ha demostrado alguna supuesta influencia o ascendiente de aquel sobre este o el aprovechamiento de su personalidad no consolidada, en el sentido antes analizado al considerar los supuestos previstos por el legislador.

Así debió entenderlo el acusador al circunstanciar el hecho reprochado, pues en la definición de su culpabilidad lo colocó en el escenario colaborando y cooperando con el menor, poniéndose a su servicio en la empresa delictiva, de consuno al plan previo establecido. Por consiguiente, su grado de culpabilidad, que delimita aquello por lo que debe responder, no admite la extensión gravosa del art. 41 quater, que ni siquiera le fue intimada.

Todo ello es suficiente para descartar la aplicación de la agravante al caso de autos, por lo que he de propiciar la casación de la sentencia impugnada en este punto.

5.6. El temperamento propiciado sobre este tema me exime del tratamiento del último agravio propuesto por la defensa, en tanto cuestionaba la determinación del monto de pena efectuado por la Cámara Criminal. Ello así, en tanto la recalificación del reproche habrá de reflejarse en una renovada ponderación de la individualización del quantum de la sanción a imponer, tarea que el a quo deberá efectuar siguiendo la doctrina legal del precedente STJRS2 Se. 94/14 “Brione”.

///34. 6. Decisión:

Por las razones expuestas, en virtud de la errónea aplicación de la ley sustantiva advertida en el caso, al haberse aplicado la agravante contemplada en el art. 41 quater del Código Penal cuando ello no era procedente, propongo al Acuerdo: 1) hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la defensa; 2) casar la sentencia impugnada

–punto resolutivo 4º-; 3) condenar a Diego Gabriel Muñoz, cuyos datos personales obran en autos, como partícipe necesario del delito de homicidio agravado por haber sido cometido con un arma de fuego (arts. 41 bis, 45 y 79 C.P.); 4) reenviar el expediente al Tribunal de origen para la individualización de la pena respectiva, en orden a la subsunción que aquí se declara, tarea en la que corresponderá seguir los lineamientos del precedente STJRNS2 Se. 94/14 “Brione”; tal reenvío, además, se efectúa con el fin de garantizar el derecho a recurrir y a obtener una revisión amplia de la pena que eventualmente se decida (conf. art. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCyP), y 5) regular los honorarios del letrado defensor justipreciando su labor en esta instancia -en orden a la tarea desarrollada y el resultado obtenido- en la suma equivalente al 30% de lo regulado en la instancia anterior (art. 15 L.A.). MI VOTO.

El señor Juez doctor Ricardo A. Apcarian dijo:

1. Luego de un análisis de los agravios del recurso de casación presentado por la defensa en representación del imputado Diego Gabriel Muñoz, he de adherir parcialmente al voto de la colega que me precede en el orden de votación, con el alcance que seguidamente expongo.

35. En primer lugar, coincido plenamente con los argumentos desarrollados y las decisiones propuestas por la doctora Piccinini en cuanto a la improcedencia del planteo de nulidad de las declaraciones testimoniales brindadas en cámara Gesell que obran en el expediente (punto 5.2 de su voto), la falta de fundamentación que se advierte en los cuestionamientos que el recurrente realiza respecto de la valoración del contenido de esos relatos (punto 5.3), así como también en lo que respecta a la aplicabilidad de la agravante establecida en el art. 41 bis del Código Penal al caso (punto 5.4), por lo que adhiero a tales aspectos.

2. En lo que respecta a la agravante contemplada en el art. 41 quater del Código Penal, he de apartarme respetuosamente del temperamento adoptado por quien vota en primer término, temática en la que he de propiciar la denegación del agravio, por cuanto entiendo procedente la aplicación de dicha norma al caso, en consonancia con el criterio que venía sosteniendo este Cuerpo en su anterior integración.

En cuanto a este punto, destaco que el artículo en cuestión establece que, “cuando alguno de los delitos previstos en este Código sea cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, respecto de los mayores que hubieren participado en el mismo”.

Corresponde entonces, siguiendo los lineamientos dados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, acudir en primer término a la letra de la norma, considerada la ///36. primera fuente de interpretación de las leyes (Fallos 307:2153; 312:2078 y 314:458, entre otros), de modo que “el método gramatical por el cual comienza toda tarea interpretativa obliga al juez a atenerse a las palabras del texto escrito, en la comprensión de que ninguna disposición... ha de ser considerada superflua, sin sentido o inoperante. El juez debe entender asimismo las palabras... en el significado en el que son utilizadas popularmente y explicarlas en su sentido llano, obvio y común (confr. Fallos: 262:60; 308:1745; 327:4241, entre otros)” (conf. CSJN, R. 369. XLIX “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13)”, sentencia del 18/06/13, considerandos 16 y 17).

También se ha dicho que “por desgracia -y a veces por suerte-, como en alguna ocasión dijo Radbruch, la ley es como un navío que el legislador despide desde el muelle y al que ya no puede controlar, navega solo, con las virtudes y defectos del texto... Los datos históricos parlamentarios y de proyectistas pueden reforzar los argumentos acerca del sentido de un texto, pero ningún espíritu puede limitarlo más allá de su propia resistencia semántica” (conf. voto del doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, en el precedente “Rizzo” antes citado, considerandos 12 y 13).

Así, más allá de lo que pueda surgir de los diferentes proyectos legislativos analizados previamente a la sanción de dicha norma, aspecto sobre el que abunda el voto que me precede, lo cierto es que como resultado del debate parlamentario ha sido sancionado el texto aludido,

///37. desprovisto de exigencias subjetivas respecto de la persona mayor que participe del hecho en el que intervenga el menor de edad, por lo que tampoco resulta necesaria su demostración para que proceda la aplicación de la agravante.

Ello surge claramente, además, si se atiende al significado popular -y sentido llano, obvio y común- de los términos que aparecen en la norma (“con la intervención”, “hubieren participado”) dado que la palabra “intervenir” posee diversas acepciones, siendo la que más se corresponde con la utilizada en el art. 41 quater del Código Penal –a partir de la lectura del contexto en que aparece- la que se refiere a “tomar parte en un asunto”, de modo prácticamente idéntico al significado del vocablo “participar”, que significa “dicho de una persona: tomar parte en algo” (conf. Diccionario de la lengua española, Real Academia Española, 22ª edición, disponible en www.rae.es).

De todo lo anterior se sigue, tal como establece la doctrina legal de este Superior Tribunal que, a mi criterio, rige el caso (STJRNS2 Se. 286/10 “Muñoz”), que la claridad y el sentido semántico de la norma analizada no exigen que la persona mayor de edad se haya valido del menor para delinquir, ni que lo haya inducido, engañado o amenazado, o se haya aprovechado de él.

En ese precedente, en el que se ha reconocido que la norma en estudio ha generado interpretaciones diversas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se sostuvo –a mi modo de ver con acierto- que no es necesario acreditar la intención de descargar la responsabilidad en el menor o que este haya sido instigado a participar en el delito u otro

///38. hecho subjetivo, por no surgir de la ley tales exigencias, sin que la intención del legislador que no se ve reflejada en el texto de la norma pueda transformarse en derecho positivo.

Además, para la aplicación del artículo, se consideró suficiente que el menor haya intervenido en alguna de las formas previstas como punibles por las reglas del Título VII del Libro Primero del Código Penal, y se estableció que la agravante se funda en la mayor culpabilidad del adulto basada en la comisión del delito con la intervención de un menor de dieciocho años y en virtud de la mayor protección que la ley les reconoce a los niños y adolescentes. Se aclaró, por último, que no se afecta el derecho de igualdad ante la ley, mencionando en este punto precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación donde se alude a las diferencias entre adultos y jóvenes, en tanto la personalidad de estos no se encuentra aún definitivamente consolidada y donde se establece que les corresponden los derechos de todas las personas y además los que derivan de su condición.

Se dijo entonces que, en el caso de los menores de edad, la concreta situación emocional al cometer el hecho, sus posibilidades reales de dominar el curso de los acontecimientos o bien la posibilidad de haber actuado impulsivamente o a instancias de sus compañeros o cualquier otra circunstancia, adquieren una significación distinta.

La reseña efectuada de los argumentos en que se sustenta la doctrina legal aludida es relevante para

///39. demostrar que resulta enteramente aplicable al caso de autos.

Ello es así en virtud de que, más allá de los motivos que habrían desencadenado el suceso y algunas otras circunstancias particulares del presente caso a las que hace referencia el voto precedente –edad de ambos jóvenes, vínculo entre ellos-, han sido

acreditadas las exigencias objetivas de la agravante contemplada en el art. 41 quater del Código Penal; es decir, estamos ante un caso en el que se ha demostrado que un menor de edad –en el caso tenía 17 años- ha intervenido, en carácter de autor, en un hecho (homicidio realizado con un arma de fuego) cometido con la participación necesaria de un mayor de edad –el aquí imputado, quien en ese momento tenía 19 años-. Destaco, a todo evento, que no se ha alegado el desconocimiento, por parte del mayor, de la minoridad del autor, más allá de que ello resultaría inverosímil, teniendo en consideración el vínculo cercano de amistad que los unía.

De los argumentos expuestos surge que el a quo ha aplicado la agravante cuestionada en consonancia con el criterio que emerge de la doctrina legal que rige el caso, sin que los argumentos de la defensa, ni los señalados en el voto que me precede, sean suficientes para modificar los fundamentos que la sustentan, los que comparto plenamente.

3. Establecido lo anterior, he de ingresar en el tratamiento del último agravio recursivo, que cuestionaba el monto de pena impuesto a Muñoz por estimarlo arbitrario.

La defensa alega, en resumida síntesis, que la Cámara Criminal no debió apartarse del mínimo legal, resaltando que

///40. se tuvo en cuenta que su defendido participó de un hecho ajeno, que se trata de un joven primario, que tiene informes buenos y no tiene antecedentes.

El agravio recursivo no ha de prosperar, en tanto el recurrente efectúa una valoración fragmentaria de las circunstancias ponderadas por el a quo, al omitir referirse a aquellas que precisamente son las que le permitieron al Tribunal agravar el reproche efectuado al nombrado.

Concretamente, sostuvo el juzgador: “Lo cierto es que estamos frente a un joven primario que es responsable del gravísimo hecho que ya describí, el daño causado no puede ser mayor, un chico de 17 años fue asesinado sin ningún sentido en la puerta de su casa y frente a su hermano de 16 años. El daño y el dolor de toda la familia no puede compararse a nada y es hasta difícil de imaginar en cuanto a su magnitud. La pena conminada es grave, pese a la edad, los informes buenos y la falta de antecedentes hay motivos para alejarse del mínimo legal, como dije antes la gravedad y sinrazón del hecho y el daño causado a la víctima y a la familia” (fs. 483).

De la cita precedente surge que uno de los datos objetivos tenidos en cuenta en mayor medida por la Cámara fue precisamente la gravedad del hecho, a la que se refirió de modo extenso al evaluar, previamente a analizar la situación de Muñoz, la necesidad de imponerle pena al menor que resultó autor de los disparos.

Así, el a quo afirmó, al referirse a las modalidades del hecho, que “[e]s de extrema gravedad, se cometió con total desprecio hacia la vida, en este caso la vida de dos

///41. niños uno de 17, el que falleció, y otro de 16 que simplemente habían salido a fumar un cigarrillo después de cenar con sus padres. Fue premeditado ya que, de acuerdo a la declaración de N., desde tiempo atrás decían los chicos de la plaza que iban a pegarle a los M., los chicos de la plaza Don Bosco son varios y entre ellos ambos imputados que hacían gala de andar armados y llevar el arma en el auto de Muñoz según el mismo testigo. Un día antes le anunciaron a M.G., primo de la víctima que lo iban a matar. El día del hecho dieron vueltas en el auto durante más de dos horas, es decir, que tuvieron tiempo más que suficiente para reflexionar la barbaridad que iban a cometer y, pese a esta posibilidad de recapacitar, pasaron por su domicilio y cuando los vieron les dispararon. Afirmando la intención homicida sin cortapisa alguna porque dispararon cuatro balazos como mínimo. De acuerdo a los dichos de L.M. cuando escucharon los disparos tanto él como su hermano corrieron y estando de espaldas los disparos continuaron hasta que uno alcanzó a J. a la altura de la parte derecha de la nuca, es decir, que estaba de espaldas y E. continuaba disparando hasta que logró su cometido mientras Muñoz mantenía el coche a escasa velocidad a fin que E. pudiera disparar (...) Después de cometida semejante salvajada Muñoz comenzó a acelerar dejando de producir el ruido típico de quien rebaja su velocidad y que escuchara S., dobló en la esquina y allí aceleró sin ninguna consideración por lo realizado. Todo por una discusión, por una simple discusión, o acaso por un estereotipo, quizás por espíritu de revancha o venganza por la pelea

///42. del día anterior, la sinrazón de la muerte de un chico de 17 años es palmaria y lo peor de acuerdo al relato de E., es que se equivocó de hermano pues quería asustar a L. y mató a J. Todo es cruel, es sórdido, es espantoso, irracional y absurdo” (fs. 471/472).

Esa contundente argumentación de la sentencia, no desvirtuada por el recurrente, permite constatar que en modo alguno podría resultar arbitraria la estimación de un monto de pena superior al mínimo de la escala penal. A ello se agrega que la Cámara fijó tal escala entre los diez años y ocho meses y los 33 años y 8 meses de prisión –aspecto que no fue recurrido en casación- y decidió imponerle a Muñoz la pena de catorce años de prisión, aun cuando los acusadores habían solicitado penas mayores, según se ocupó de reseñar el juzgador (la parte querellante requirió quince años mientras que el Ministerio Público Fiscal solicitó catorce años y seis meses).

El Tribunal dio cuenta también de una circunstancia que habría incidido en la

apreciación del monto de pena favoreciendo a Muñoz, al hacer referencia a que habría participado en un hecho cuyo autor era menor de edad. Concretamente explicó que “Muñoz participa en un hecho ajeno, si bien el artículo 45 CP habla de igual pena, ello se refiere a escala penal no a la igualdad de pena concreta para el autor que para el cómplice primario. El incalificable hecho supone una pena sin morigeración alguna en caso que el autor fuera mayor de edad, como expresé antes P. recibió el mínimo de la pena en función de la naturaleza del derecho del menor” (fs. 483).

///43. En relación con lo anterior, es necesario aclarar que la circunstancia de que Muñoz haya participado en un hecho ajeno no representa, en sí misma, un extremo favorable para mensurar su pena, como pareciera entender la defensa, ya que tal afirmación solo refleja el alcance que debe asignársele a la intervención que se le viene reprochando, es decir, a su carácter de partícipe necesario, temática no cuestionada por el recurrente.

Por los motivos expuestos, ha quedado evidenciado que el monto de la pena impuesta a Muñoz se encontraba fundamentado por el a quo a partir de los aspectos señalados, que importaron el apartamiento del mínimo legal de la escala penal fijada, sin que las críticas vertidas por la defensa en el recurso logren demostrar la arbitrariedad de lo decidido en este punto.

4. Decisión:

De acuerdo con el desarrollo precedente, ha quedado demostrado que el a quo ha condenado al imputado a partir de una adecuada ponderación de las pruebas existentes en el expediente, cuya validez no ha sido desvirtuada, y ha aplicado con acierto las normas del Código Penal impugnadas en el recurso (arts. 40, 41, 41 bis y 41 quater), a lo que sumo que el recurrente no ha demostrado los vicios que alega.

En consecuencia, corresponde –y así lo propongo al Acuerdo- rechazar el recurso interpuesto por la defensa y regular los honorarios del letrado, en función de la labor desarrollada en esta instancia, en la suma equivalente al

///44. 25% de lo regulado en la instancia anterior (art. 15 L.A.). MI VOTO.

Los señores Jueces doctores Adriana C. Zaratiegui, Jorge Bustamante y Carlos Reussi dijeron:

Adherimos al criterio sustentado y a la solución propuesta por la doctora Liliana L. Piccinini y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

POR MAYORÍA R E S U E L V E :

Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto a fs. 533/545 de las presentes actuaciones por el doctor Eves Omar Tejeda en representación de Diego Gabriel Muñoz.

Segundo: Casar el punto 4º de la parte resolutive de la Sentencia N° 98, dictada el 14 de diciembre de 2012 por la Cámara Segunda en lo Criminal de Cipolletti, y condenar a Diego Gabriel Muñoz, cuyos datos personales obran en autos, como partícipe necesario del delito de homicidio agravado por haber sido cometido con un arma de fuego (arts. 41 bis, 45 y 79 C.P., y 440 C.P.P.).

Tercero: Reenviar el expediente al Tribunal de origen para la individualización de la pena respectiva, en orden a la subsunción que aquí se declara y en conformidad con los lineamientos indicados en los considerandos (arts. 441 C.P.P., 8.2.h CADH y 14.5 PIDCyP).

Cuarto: Regular los honorarios del letrado defensor por su labor en esta instancia en la suma equivalente al 30% de lo regulado en la instancia anterior (art. 15 L.A.).

///45.

Quinto: Registrar, notificar y oportunamente devolver los autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 12

SENTENCIA: 179

FOLIOS: 2350/2394

SECRETARÍA: 2