

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 16 de octubre de 2013, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Hitters, Kogan, Soria, Pettigiani**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 114.698, "Marsiglio, María de los Ángeles -Agente Fiscal-. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa n° 28.541 de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de Azul, seguida a A. , I. A. y A. , M. E. ".

A N T E C E D E N T E S

La Cámara de Apelación y Garantías de Azul, mediante el pronunciamiento dictado el 30 de marzo de 2011, declaró parcialmente procedente el recurso interpuesto y absolvió libremente a M. E. A. del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego que se le imputara como partícipe necesario y confirmó la sentencia recurrida en cuanto condenó a I. A. A. como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con portación ilegal de arma de fuego de uso civil, modificando la pena a imponer, la que fijó en cuatro años y seis meses de prisión -fs. 1267/1276 vta.-.

La señora Agente Fiscal del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 1384/1399 vta.).

Oído el señor Subprocurador General a fs. 1406/1414, dictada la providencia de autos a fs. 1415, presentada la memoria que autoriza el art. 487 del Código Procesal Penal y hallándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte decidió plantear y votar la siguiente

C U E S T I Ó N

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto?

V O T A C I Ó N

A la cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

I.- 1) El Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil nº 1 de Azul, con fecha 14 de diciembre de 2010, declaró a I. A. A. autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por el uso de arma de fuego y portación ilegal de arma de fuego de uso civil en concurso real y a M. E. A. partícipe necesario del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego. En ese entendimiento, condenó a A. a la pena de ocho años de prisión y a A. a la de cuatro años de prisión, con imposición a ambos de medidas judiciales - fs. 1080/1098 vta.-.

Frente a lo así decidido, la defensa oficial interpuso recurso de apelación -fs. 1235/1243 vta.-.

2) Por su parte, la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial Azul, mediante el pronunciamiento dictado el 30 de marzo de 2011, declaró parcialmente procedente el recurso interpuesto y absolvió libremente a M. E. A. en orden al delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego que se le imputara como partícipe necesario y confirmó la sentencia recurrida en cuanto condenó a I. A. A. como autor penalmente responsable de los delitos de homicidio agravado por el uso de arma de fuego en concurso real con portación ilegal de arma de fuego de uso civil, modificando la pena a imponer, la que fijó en cuatro años y seis meses de prisión excluyendo las medidas judiciales -fs. 1267/1276 vta.-.

Contra esta última decisión, la señora Agente Fiscal del Fuero de Responsabilidad Penal Juvenil interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley -fs. 1384/1399 vta.-, que fue concedido por esta Corte a fs. 1403/1404 vta. circunscribiendo el alcance de su competencia al examen de los planteos de índole federal.

II.- a) El primer agravio de la impugnante alude a la inobservancia o errónea aplicación de los arts. 45 y 46 del Código Penal, y la doctrina legal relacionada y denuncia absurdo y arbitrariedad (fs. 1389/1391 vta.). En tal

sentido invoca los distintos grados de participación criminal transcribiendo doctrina al respecto. A partir de ello, y a fin de fundamentar la participación necesaria de M. E. A. en el delito de homicidio agravado sostiene que "... se halla probado en autos con declaraciones testimoniales prestadas en debate y las propias declaraciones de los imputados incorporadas por su lectura, que A. efectuó -con anterioridad al disparo mortal- un primer disparo para asustar a C. ; b) que si A. no supo de la portación del arma por parte de A. antes, tomó conocimiento al menos en ese momento que A. portaba un arma de fuego cargada y en condiciones de ser disparada -arma que con todo detalle describe A. en su declaración indagatoria-...; c) que al tomar conocimiento de esta circunstancia no impidió que A. volviera a disparar sino que siguió su marcha conduciendo la moto, incluso sabiendo que A. apuntaba en ese momento a M. ya que según sus propios dichos en la declaración indagatoria ya referida, M. venía detrás de ellos y le decía a A. ' tirá, tirá gil'; d) que A. además se colocó cerca de la víctima, lo suficiente como para tenerlo a corta distancia facilitando así que A. efectuara el disparo a una distancia de aproximadamente entre 70 a 80 cms., asegurando el resultado mortal sin posibilidad de fallar; e) que después que A. disparara a la víctima, A. siguió manejando la moto,

colaborando en la huida para lograr la impunidad y en el posterior descarte del arma homicida..." (v. fs. 1389 vta./1390).

Entiende la recurrente que la Cámara ignora las consideraciones así efectuadas y se limita a sostener que al no haberse probado en juicio la existencia de un plan previo entre ambos imputados para dar muerte a M. , no se encuentra debidamente acreditada la participación de A. en el hecho. Y tal argumentación implica -según la parte- una incorrecta interpretación de las normas de fondo invocadas, así como una falla lógica en la estructura del razonamiento elaborado por la Cámara. Ello así pues -según entiende- el juzgador ignora los distintos grados y formas de la participación criminal, fundamentalmente el auxilio que el partícipe necesario puede haber efectuado al autor sin acuerdo ni promesa previa y por propia iniciativa. En el caso en estudio, el auxilio de A. fue -dice- fundamental para que se produjera la muerte de M. en la forma en que efectivamente sucedió. De tal modo, alega que ni siquiera consideró el **a quo** la posibilidad de subsumir la conducta reprochada en la del partícipe secundario sin siquiera brindar mayores explicaciones al respecto, aunque no fue requerido por las partes (fs. 1391).

Por otro lado, afirma que ha quedado debidamente demostrado en el debate que "si A. no conducía la moto era porque lo

hacia A. ; que el arma fue cargada antes del disparo mortal, mientras ambos se trasladaban en esa moto, es decir que si A. pudo cargar el arma nuevamente era porque A. conducía, que quien se aproximó a escasos centímetros de la víctima, asegurando el resultado del disparo, sin posibilidad de fallar, fue el conductor de la moto, es decir A. " (v. fs. 1391 vta.).

Argumenta que, sin embargo, el juzgador ignoró todas estas circunstancias al momento de decidir la participación de A. , cuando sin su colaboración activa y voluntaria, A. no hubiera cometido el hecho en la forma en que efectivamente se cometió (fs. cit.).

b) En un segundo planteo denuncia la recurrente la inobservancia y errónea aplicación del art. 4, segundo párrafo de la ley 22.278 y doctrina legal relacionada, con transgresión de mandas constitucionales (v. fs. 1391 vta./1395 vta.).

Agravia a la impugnante la decisión del tribunal en orden a la graduación de la pena impuesta a A. . Sostiene en tal sentido que "sin ofrecer mayores fundamentos que la cita del fallo Maldonado, la apelación al principio de culpabilidad disminuida y la facultad de los jueces de reducir la pena por debajo de la escala de la tentativa, se aparta del límite mínimo que la propia ley impone a la hora de considerar la reducción de pena, al condenar al imputado A. a cuatro años y seis meses de prisión, término muy inferior al que le correspondería por aplicación de la escala legal y que no se encuentra fundado en norma positiva alguna ni en argumentaciones de peso que permitan tener por razonable y ajustada a derecho la reducción así decidida" (fs. 1392 vta.).

Entiende que habiendo descartado la posibilidad de absolución, conforme el art. 4 de la ley 22.278, podía emplearse la escala reducida para la tentativa. Sin embargo, la Cámara la redujo aplicando una pena por debajo

del mínimo legal que autoriza la conjunción de aquella norma con el art. 44 del Código Penal, consagrando de tal modo una arbitraria interpretación y errónea aplicación de la norma, constituyendo asimismo una atribución de facultades legislativas vedada al Poder Judicial y reservada exclusivamente al Congreso de la Nación (v. fs. 1393 y vta.).

Por otra parte, argumenta que se ha aplicado erróneamente la doctrina del fallo "Maldonado", toda vez que en dicho precedente se trataba de examinar la constitucionalidad de la pena de reclusión perpetua con relación a menores de edad, cuestión ajena a las circunstancias fácticas y normativas que se dan en el presente. Así, sostiene que la cita que efectúa la Cámara de dicho fallo en orden al principio de culpabilidad disminuida que rige en los procesos seguidos a jóvenes en nada conmueve la imposición de pena dentro de los límites establecidos legalmente. Finalmente, refiere la apelante que la reducción de pena efectuada en apartamiento de los límites mínimos legalmente establecidos, quebranta los principios de igualdad ante la ley, de legalidad, y de razonabilidad de los arts. 16, 18 y 28 de la Constitución nacional; a la par que alude a la "gravedad institucional" que ello acarrea (fs. 1395 vta., ap. 3). Considera que la interpretación efectuada de la norma en cuestión se aparta arbitrariamente de los criterios generales violando el principio de igualdad jurídica reconocido por nuestra Constitución nacional y por tratados internacionales con jerarquía constitucional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 1 y 24); el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2 incs. 2 y 3); la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 7) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (arts. 2 incs. 1 y 3; 14 inc. 1; 26 y 27).

Culmina su presentación argumentando que "ninguna duda cabe que en nuestro sistema republicano de gobierno, toda resolución judicial debe respetar los principios de igualdad, legalidad, razonabilidad y las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de derechos humanos (art. 75 incs. 22 y 23 de la C.N.) para con el conjunto de la sociedad, y que una sentencia como la atacada, que fija en forma discrecional el monto de pena por debajo de los límites legales, vulnera dichos principios y produce un estado de indefensión e inseguridad

jurídica al eludir arbitrariamente los derechos de la víctima y menospreciar los bienes jurídicos vida y dignidad humanas, dando preeminencia al principio de culpabilidad por sobre el derecho a la vida subvirtiendo de ese modo la precedencia constitucionalmente establecida" (fs. 1396 y vta.).

c) En un último motivo de agravio se queja de la errónea interpretación del art. 68 de la ley 13.634 y la falta de sustento legal en la declaración de inconstitucionalidad de la aplicación de las medidas impuestas en función de la norma citada (fs. 1398/1399, ap. 4).

III. El señor Subprocurador General acompañó parcialmente la queja deducida, sólo en relación con los cuestionamientos reseñados en a) y b) del precedente apartado (v. fs. 1406/1414).

IV. a) En lo que atañe al primer planteo formulado por el cual denuncia la inobservancia de los arts. 45 y 46 del Código Penal, no puede prosperar.

La queja de la recurrente en tanto cuestiona, por arbitraria, la absolución dictada resulta insuficiente puesto que se limita a oponer su personal apreciación del valor convictivo de los elementos indiciarios invocados. Y ello no alcanza para descalificar el pronunciamiento recurrido como acto jurisdiccional válido.

El tribunal intermedio resolvió que "... la única conducta que puede atribuirse al causante [A.] es el haber estado presente en el momento del homicidio. De esta forma su absolución resulta ineludible" (v. fs. 1268, último párrafo). En ese entendimiento argumentó el **a quo** que

"[p]artiendo de la idea de una motivación y de la existencia de un plan para acabar con la vida de M. , el Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil encuentra que la actitud de A. de provocar a la víctima es lo que da inicio a la conducta que, conforme a su criterio, conforma una participación necesaria en la producción del homicidio" (fs. 1270, ap. 3.3). Sin embargo, de seguido, formula una serie de consideraciones que tal como lo sostiene "coadyuvan para descartar esa posibilidad" (fs. cit.).

Así, en primer lugar, argumentó que "no existe nada que lleve a pensar que el encuentro de A. y A. con M. fuese buscado intencionalmente por aquéllos. La sentencia, lejos de invocar otra alternativa, describe la llegada de los imputados como un acontecimiento casual" (fs. 1270 cit.). De tal modo, añadió que "... difícilmente pueda decirse que

ese fue el inicio de un plan previo salvo que, dentro de los avatares de ese plan, se contemplase el tomar como comienzo el albur del primer encuentro".

De seguido, puntualizó el juzgador que "[n]o obstante esta suposición no torna más racional el modo de proceder pues no explica, al menos de manera satisfactoria, porqué motivo no se le dio inmediata muerte a M. cuando éste se encontraba indefenso en el sitio donde fue habido y los agresores contaban con el medio para realizarlo y con la posibilidad de alejarse rápidamente del lugar para evitar cualquier represalia de quienes lo acompañaban" (fs. 1270). Advirtió luego que "[e]sto pone seriamente en duda que la actitud provocadora haya sido el inicio del camino homicida, pues no se entiende que se haya trocado la seguridad de un resultado por pretender alcanzar el mismo fin a través de un iter azaroso y de imprevisibles consecuencias. En efecto, no puede sostenerse que sacando a la víctima del lugar -lo que ni siquiera estaban en condiciones ciertas de lograr- se hubiesen colocado en una situación más ventajosa pues ello no sólo no les procuraba el anonimato al estar develada su identidad de antemano sino porque tampoco el nuevo sitio, a pocas cuadras de allí y dentro del casco céntrico de la ciudad, les facilitaba la consumación" (fs. 1270, último párrafo).

Concluyó entonces que "... si se considera que no se encuentra seriamente acreditada la existencia de un plan, si la motivación homicida que se invoca se encuentra completamente desdibujada y se acepta que la conducta de los acusados no es compatible con la de un propósito preestablecido, la única conclusión posible -y a la cual advierto como la real- es que la muerte de M. tuvo una motivación nacida exclusivamente en A. , en oportunidad de la persecución, y a la que A. fue ajeno" (fs. 1270 vta., primer párrafo).

De tal modo, las objeciones de la fiscalía relativas a la falta de prueba del eventual "plan previo para matar a M. " al que alude el sentenciante y las que formula tendentes a cuestionar el valor convictivo asignado a distintos elementos de prueba con el objeto de tener por demostrada la participación necesaria de A. en el delito de homicidio agravado cometido por A. , reconducen al examen de cuestiones de hecho y prueba, que como tales están excluidas del ámbito de conocimiento que el art. 494 del

Código Procesal Penal atribuye a esta Corte (conf. doct. P. 96.236, sent. del 19/XII/2007; entre muchas otras).

Cabe añadir que el fundamento de la intervención del tribunal intermedio cuestionado se sustentó -en rigor- en la inadecuada motivación que -según aquél- mereció la convicción del juzgador. Señaló así que "... la interpretación que el 'a-quo' ha dado a las premisas a partir de las cuales realiza el razonamiento que lo lleva a concluir en la participación primaria del co-imputado A. en el hecho deben ser revaloradas a la luz del criterio sentado por la Corte de Justicia de la Nación en la causa 'Casal' (Fallos 328:3399)" (fs. 1268, anteúltimo párrafo). Con esa premisa, el órgano de apelación efectuó un amplio control de la ponderación de la prueba de dicho extremo llevada a cabo por el tribunal de origen.

En definitiva, el argumento que sustenta lo decidido por el tribunal intermedio en cuanto a que "... la única conducta que puede atribuirse al causante es el haber estado presente en el momento del homicidio..." (fs. 1268, cit.), no viene rebatido por la recurrente con los perfiles que -a esos efectos- requiere la arbitrariedad que invoca en sustento de sus reclamos, al no demostrar que la sentencia padezca algún vicio que bajo el prisma de la pretoriana jurisprudencia del máximo Tribunal federal, encasille en alguno de sus supuestos (doct. art. 495 del C.P.P.).

La propia sentencia del Tribunal de Responsabilidad Penal Juvenil dejó establecido que los jóvenes imputados, a bordo de la moto que conducía A. , pasaron frente al lugar en el cual se hallaba la víctima M. junto a otras personas y que los primeros provocaron a los segundos con una "pequeña frenada en marcha" y "una sonrisa provocadora". Frente a ello, M. tomó su moto y salió persiguiéndolos, haciendo lo mismo otro de sus acompañantes, C. . La reconstrucción del hecho en esa instancia indica que fue el damnificado quien condujo detrás de los imputados y, en esa circunstancia, fue baleado por A. . Siendo así, la Fiscal no logra poner en evidencia que sea irrazonable descartar que A. haya decidido un aporte criminal al homicidio (fs. 1088 **in fine**/1089).

b) En lo que concierne al planteo federal vinculado con la interpretación del art. 4 de la ley 22.278 en relación al joven A. , el recurso es procedente.

Al determinar la pena la Cámara expuso que "... [a]tento a que el monto establecido se encuentra por debajo del que

correspondería regular aún en la escala de la tentativa, cabe aclarar que es postura de esta Cámara que ello es admisible pues si el art. 4 de la ley 22.278 expresamente permite llegar hasta la eximición de pena cuando así se advierta conveniente de acuerdo a las pautas allí contempladas y que fueran referidas en la sentencia, igualmente autoriza, de manera implícita, a fijar el monto que mejor se adecue a la justicia del caso aunque esté por debajo del que correspondería según el art. 44 del Código Penal..." (fs. 1380).

En este tópico concuerdo con los fundamentos de la Procuración General (fs. 1412 vta./1413 vta.).

El **a quo** no se consideró obligado por el texto expreso de la ley -sin haberlo declarado inconstitucional- al desconocer que el art. 4 de la ley 22.278 no brinda sino tres alternativas al juzgador al facultarlo a aplicar la sanción prevista para el delito en cuestión, fijar una pena reducida en la forma prevista para la tentativa o bien absolver. El margen de discrecionalidad así establecido por el legislador, para resolver sobre la consecuencia penal de la declaración de responsabilidad de un joven sujeto a tal régimen, no tiene el alcance que le atribuye la Cámara.

En ese sentido, la sentencia dictada por la Corte Suprema **in re** "Maldonado" (sent. del 7/XII/2005, consid. 24) - invocada por el **a quo** en este punto- expresa que "La ley 22.278, que es la pieza jurídica fundamental nacional en la materia, prevé un sistema que se caracteriza por un gran poder para el juez de menores, quien luego de haber comprobado la responsabilidad penal del menor respecto en el (sic) hecho investigado, está facultado para absolverlo, para aplicarle una pena disminuida, en la escala de la tentativa (art. 4), e incluso cuando el menor no haya tenido ninguna vinculación con el hecho investigado puede disponer definitivamente de él...". Como se advierte, el criterio de la Cámara no se encuentra comprendido en el catálogo de posibilidades contempladas en la interpretación del alto Tribunal.

El pronunciamiento impugnado implica, por lo tanto, un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso sin argumentos valederos para su inaplicación (conf. Fallos 307:1979; 320:1492; 323:192 y 2322; entre otros) pues se prescindió sin razón valedera de la letra de la ley (Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Mannini", sent. del 17/X/2007), incurriendo en arbitrariedad (v.

Sagues, Néstor Pedro; Derecho Procesal Constitucional; t. 2; Astrea, Bs. As.; págs. 161 y sigs.).

Por consiguiente corresponde dejarlo sin efecto en este aspecto y reenviar la causa a fin de que se dicte uno nuevo ajustado a lo que antecede (art. 496 del C.P.P.).

V. Por fin, cabe mencionar que el último de los reclamos traídos vinculado con la errónea interpretación del art. 68 de la ley 13.634 y la falta de sustento legal en la declaración de inconstitucionalidad de la aplicación de las medidas impuestas en función de la norma citada (v. fs. 1398/1399), y sin perjuicio de otras consideraciones que al respecto pudieran ser formuladas, no ha sido sostenido por la Procuración General (arts. 13 inc. 8 y 14 de la ley 12.061 y 487 del C.P.P.).

VI. Finalmente, el señor Defensor Oficial en la memoria que faculta el art. 487 del Código Procesal Penal articula dos planteos solicitando el rechazo del recurso presentado (fs. 1417/1421).

Por un lado, argumenta en torno a lo que considera la debida interpretación del art. 62 de la ley 13.634 y, por ende, la falta de legitimación del Ministerio Público Fiscal para recurrir el pronunciamiento de condena o absolutorio en este Fuero especial (v. fs. 1417 vta./1419, ap. "a").

Por otro lado, advierte sobre la posible afectación de la garantía de sus asistidos de ejercer su derecho constitucional a obtener la revisión por parte de un tribunal superior de la resolución que le causa agravio, con la consecuente vulneración a la garantía del doble conforme (v. fs. 1419/1420 vta.).

Sin embargo, -por regla- la memoria tiene establecida en el art. 487 del Código Procesal Penal un claro contenido: la oportunidad de controvertir los argumentos del dictamen de la Procuración General (párr. tercero). No involucra, entonces, un espacio para introducir motivos de agravio en la instancia extraordinaria (doct. P. 90.159, sent. del 3/X/2007; P. 100.233, sent. del 8/VII/2008; entre otras). Así, los planteos sometidos exceden la facultad prevista en la última parte de aquel precepto citado.

Por lo demás, la admisibilidad del recurso fiscal ante esta instancia ha sido positivamente resuelta mediante la decisión de esta Corte de fs. 1403/1404, cuya modificación no puede pretender la parte prescindiendo de la

articulación de alguna impugnación que, en el caso, no ha sido deducida.

Con el alcance indicado, voto por la **afirmativa**.

Los señores jueces doctores **Kogan, Soria y Pettigiani**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Hitters, votaron también por la **afirmativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, se resuelve hacer lugar parcialmente al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto, y remitir los autos al tribunal de origen a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho (art. 496, C.P.P.).

Regístrese y notifíquese.

DANIEL FERNANDO SORIA

JUAN CARLOS HITTERS HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

R. DANIEL MARTINEZ ASTORINO

Secretario