



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**

Tribunal de Casación Penal

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, el 16 de mayo de dos mil diecisiete, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Ricardo Borinsky y Víctor Horacio Violini, con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de dictar sentencia en la causa N° 21.312 (Registro de presidencia N° 75.868), caratulada "Del Bianco, Hernán Ezequiel y Giles, Mauro Ezequiel s/ recurso de casación", y su acumulada N° 21.302 (Registro de presidencia N° 75.868), caratulada "Colicigno, Guido Iván s/ recurso de casación", conforme al siguiente orden de votación: VIOLINI - BORINSKY.

ANTECEDENTES

1º) El Tribunal de Responsabilidad Juvenil N° 4 de Mercedes condenó a Hernán Ezequiel del Bianco y a Mauro Ezequiel Giles a seis años de prisión, accesorias legales y costas, y a Guido Iván Colicigno a cinco años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar coautores del delito de homicidio agravado por haberse cometido con alevosía, en grado de tentativa (artículos 12, 19, 29 inciso 3º, 40, 41, 42, 44, 45 y 80 inciso 2º del Código Penal).

2º) Contra dicha sentencia, interpusieron recursos de casación las Defensoras Oficiales, por el cauce de los artículos 448, 450 y 454 de Código Procesal Penal.

La presentación de la defensa que representa a los imputados Del Bianco y Giles cuestiona la calificación asignada al suceso criminoso.

Por un lado, sostiene que no existió dolo homicida por parte de sus asistidos, desde que el accionar por éstos desplegado no revestía la magnitud ni el ímpetu necesarios para lograr las lesiones que se comprobaron y pusieron en peligro la vida de la víctima, asegurando que la intervención de los nombrados fue escasa, pues no efectuaron golpes repetidos ni dirigidos a zonas vitales del cuerpo.

Afirma que ambos se unieron a una agresión en la que otros peleaban, especialmente el coimputado Castro mayor de edad, quien era el que estaba más agresivo y había sido el que originara la pelea.

Dice que la víctima sostuvo que nunca había tenido problemas con Del Bianco ni con Giles, y que éstos sólo le habían hecho “la segunda” a Castro, quien era con el que realmente tenía problemas.

Solicita el cambio de calificación en la figura contemplada en el artículo 95 del Código Penal o en su defecto, en la abarcada en el artículo 90 del mismo texto legal.

Desde un segundo andarivel y en subsidio, esgrime que no se comprobó la existencia de la agravante establecida en el inciso 2º del artículo 80 del mismo cuerpo legal, requiriendo su recalificación en el tipo del homicidio simple en grado de tentativa.

Argumenta que no se ha probado la alevosía porque para que se configure, ésta requiere de una acción preordenada para matar sin peligro para la persona del autor.

Arguye que en el caso no se cumplieron los requisitos que exige la figura, pues no existió ocultamiento, el riesgo también fue para los agresores, y la sola indefensión de la víctima tampoco basta para configurar el tipo, sino que se necesita acreditar por parte del autor el ánimo de aprovecharse de ella.

Finalmente, cuestiona la imposición de la pena al considerarla arbitraria, pues el tribunal al resolver en ese sentido contradijo la totalidad de los informes acompañados que demostraban que ese suceso había sido aislado, que en los centros de detención en que habían estado y posteriormente en el arresto domiciliario, sus pupilos habían demostrado evolución, adaptándose sin inconvenientes, acatando cada una de las pautas dadas, acompañando todo con acciones concretas referidas a asistencia terapéutica, cursos de capacitación, continuidad escolar, actividad laboral, además de contar con contención familiar.

Asegura que la pena resulta innecesaria por haberse cumplido los objetivos de reinserción social buscados.

Por su parte, la defensa de Colicigno alega que existió un exceso en la jurisdicción, cuando el tribunal consideró que su pupilo debía responder como coautor y no como partícipe secundario, como lo había requerido el agente fiscal.

Explica entonces que no sólo la pena debería haber sido menor, sino que además, al decidir la aplicación de la reducción que manda el artículo 4 de la ley 22.278, su ejecución hubiera sido seguramente en suspenso.

Desde otra perspectiva, afirma la errónea aplicación de los artículos 45 y 80 inciso 2º del Código Penal, pues sostiene que el sentenciante no explicó con qué pruebas justificó la coautoría, pues lo único que se acreditó mediante las filmaciones fue que su asistido propinó una patada a la víctima en la zona de la pelvis –sin ocasionarle lesión alguna- y luego se retiró.

Argumenta que mediante esas filmaciones se acredita que Colicigno no tuvo intención de terminar con la vida de la víctima, no pudo representarse el resultado muerte con la aplicación de sólo dos patadas en los miembros inferiores, y tampoco prestó ayuda a los otros atacantes.

Refiere que la víctima dijo no tener problemas con su asistido y que sin justificar el dolo eventual de matar, la conducta de éste resultó atípica, por lo que solicita la absolución del nombrado.

En subsidio, afirma que no se acreditó la agravante de alevosía, a la par que cuestiona el efectivo cumplimiento de pena ordenado por el tribunal contra su pupilo, con similares argumentos a los de su colega.

3º) Con la radicación del recurso en la Sala, con trámite ordinario, se notificó a las partes (fs. 39/vta.).

Tras la realización de la audiencia (fs. 62), en la cual la Defensora Adjunta mantuvo las presentaciones en los mismos términos (48/49 vta.), la Fiscal Adjunta propició el rechazo de los recursos incoados (fs. 73/77).

4°) Así, la Sala se encuentra en condiciones de resolver, decidiendo tratar y votar las siguientes

C U E S T I O N E S

Primera: ¿Son procedentes los recursos de casación interpuestos?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I O N

A la primera cuestión planteada, el señor juez doctor

Violini dijo:

I.

Llega firme a esta instancia que el día 17 de noviembre de 2013, siendo aproximadamente las 04:50 horas, en circunstancias en que Carlos Alexis Sotelo es expulsado del local bailable denominado “Infamia”, sito en calle 27 e/ 26 y 28 de Mercedes, por haber tenido un altercado con Pablo Sebastián Castro –mayor de edad-, inconveniente que continúa entre ambos en la puerta del local, lugar en el que una cantidad indeterminada de personas –entre las que se encontraban Castro y los imputados-, comienzan a perseguir a Sotelo hasta que le dan alcance, tras la zancadilla que uno de ellos le efectúa, cayéndose Sotelo al suelo, lugar en el que los otros aprovechan para propinarle una brutal paliza, consistente en un sinnúmero de puntapiés y trompadas, manteniendo al joven –que se encontraba alcoholizado- en franca desventaja, sin defensa alguna bajo la caterva de patadas efectuadas sin solución de continuidad, lo que se prolongó por algunos momentos en un claro mensaje aleccionador, quedando la víctima inconsciente y con involuntarios reflejos espasmódicos. Se afirmó también que no obstante el esfuerzo solitario y desatendido de una pareja de jóvenes por detener la agresión, la misma en su encarnizamiento sólo cesó al arribo de móviles policiales.

II.

Incuestionada la base fáctica que vengo de reseñar, ambas defensas resisten la calificación del evento criminoso, alegando tanto la inexistencia del dolo de matar por parte de sus defendidos, como de la agravante alevosía, pero el motivo no progresa.

Convengo con el tribunal que en el accionar de los acusados existió dolo de matar, ya que a la luz de la prueba colectada esto ha quedado demostrado a partir de la modalidad del obrar común, la agresividad y brutalidad del ataque, el aprovechamiento del estado de indefensión de la víctima, el gran número de atacantes, la persistencia en el acometimiento, la gran cantidad de golpes -muchos de los cuales direccionados hacia una zona vital del cuerpo como la cabeza-y la retirada sólo al advertir el arribo policial.

En la correcta valoración del tribunal, prima el relato del médico de policía -doctor Neme-, que examinó a la víctima, que se encontraba en coma farmacológico y asistencia respiratoria en coma farmacológico y asistencia respiratoria, e informó que ésta presentaba, a setenta y dos horas del hecho: “en la región témporo-frontal derecha y región facial del mismo lado, excoriación de tipo lesión preformada que podría vincularse con huella de calzado deportivo”.

Añadió que ingresó al nosocomio con un diagnóstico inicial de politraumatismo de cráneo grave, estado de coma por contusión, fracturas múltiples faciales en ambas zonas orbitarias, triple fractura mentoniana, desviación de la línea media encefálica correspondiente a edema (cerebral), contusión pulmonar en ambos pulmones, ausencia de piezas dentarias, lesiones estas aunadas al mal estado general que presentaba Sotelo. Calificó las lesiones como graves y aseguró que colocaron en serio riesgo su vida, que logró contrarrestarse con atención médica, recibiendo en la actualidad controles.

El relato del médico y la descripción de las lesiones constatadas en la víctima, coincide con la declaración que ésta hiciera en el debate acerca de los padecimientos sufridos.

Sin perjuicio de que aclaró que se encontraba alcoholizado esa noche, Sotelo pudo recordar a los integrantes del grupo agresor, sindicando puntualmente a los encartados Del Bianco, Giles y Colicigno, entre otros, refiriendo que “le iban a dar maza”, y eso fue lo que hicieron.

La prueba irrefutable que termina por dar sustento a la incriminación, y que permite inferir sin resquicio de duda el obrar doloso y alevoso de los coimputados, se encuentra configurada por la estimación de dos videofilmaciones de las cámaras de seguridad de la Municipalidad de Mercedes, de las que surge claramente la “autoidentificación” de cada uno de los susodichos en el lugar y momento del hecho, el reconocimiento de las prendas que vestían -Del Bianco con camisa oscura y bermuda de jean,

Giles con camisa bordó y jean, y Colicigno con camisa rosa a media manga y pantalón de color claro-, y sus acciones, pudiendo apreciarse claramente el rol de cada uno en el atropello, el accionar común, direccionado sus embestidas mancomunadas –en mayor medida- contra zonas vitales del cuerpo de la víctima –patadas y trompadas-, a mansalva contra quien se encontraba casi inerte tendido en el suelo.

El estado de indefensión en que se encontraba la solitaria víctima, desde el punto de vista objetivo, ante la cantidad de sujetos agresores (en un número mayor a seis: los tres imputados, Castro -condenado en los tribunales ordinarios-, y otros menores inimputables, circunstancia constatada que de por sí agravaría el homicidio tentado por el número de intervinientes), y el aprovechamiento que los integrantes del grupo hicieron de ello, provocando la gravedad de las lesiones constatadas en zonas vitales del cuerpo, la persistencia en la golpiza, haciendo el grupo caso omiso al llamado de atención de unos pocos transeúntes que intentaban inútilmente disuadirlos de su accionar violento, evidencia que se iba más allá de un simple escarmiento, pues aun viéndolo ya desmayado, inconsciente y convulsionando, continuaban con su brutal y encarnizada ofensiva, en la que los agresores se iban turnando y sumando a la arremetida contra la víctima.

Todas estas circunstancias constituyen elementos suficientes para tener por justificado el dolo de matar de los enjuiciados, que supone conocer y querer los elementos objetivos del tipo.

La modalidad más frecuente del dolo es aquella en la que el autor persigue la realización de un resultado, empleando medios capaces para ello, pero nada impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor realiza la acción típica, representándose y aceptando la posibilidad de producción de aquél.

Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos.

Si además, se acredita la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante el dolo directo, pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad del dolo, la conducta desarrollada supone, por parte de quienes la ejecutan, aceptación del resultado disvalioso.

En el caso, y tal como surge de la prueba ventilada en el debate y analizada, se desprende que los imputados actuaron con dolo de matar a la víctima, toda vez que no podía dejar de representárselo tras semejante agresión, direccionada hacia partes del cuerpo de aquél tan elementales para continuar con vida como la cabeza, cuando éste se encontraba abatido en el piso, persiguiendo su propósito hasta donde pudieron, pues se vieron forzados a interrumpirlo por la llegada del personal policial –circunstancia que coloca el hecho en grado de conato-.

Vale decir, que hay dolo eventual, que no se excluye simplemente por la esperanza de que la occisión no se va a producir o porque no haya sido deseada en forma directa por el autor.

Entonces hay cuanto menos homicidio con dolo eventual en quienes asestan golpes de puño y patadas en un sinnúmero de oportunidades contra todas las partes del cuerpo de la víctima, pero en especial en su cabeza, más aún si ésta se encuentra tendida inconsciente en el suelo, lo que importa ausencia de riesgo para los atacantes que la superaban extensamente en número, ocasionándole las lesiones graves descritas por el médico de policía, pues tal accionar, además, resultaba objetiva y racionalmente apto para provocar la muerte.

Tanto es así, que la muerte se vio frustrada por la diligente intervención médica.

Agrego además, en respuesta a las defensas, que considero que la alevosía no requiere necesariamente una "preordenación", dado que entiendo que ella puede verificarse por "aprovechamiento" de una indefensión preexistente, sea ésta o no provocada por el autor material del

homicidio; en la presente, los autores provocaron la indefensión, pues la víctima, con conocimiento de lo que le esperaba, intentó correr por varios metros para evitar lo inevitable -el desenlace violento-, pero uno del grupo la alcanzó, la “tacleó”, y ya Sotelo en el suelo, llegó el resto para darle alternada y simultáneamente una golpiza que casi acabara con su vida.

Las notas típicas de la agravante sólo requieren la indefensión de la víctima y el conocimiento de esta situación por parte del agresor –o del grupo agresor, en el caso-, que se aprovecha de esa situación y actúa sobre seguro y sin riesgo para su persona o el grupo.

En otros términos, la ausencia de riesgo, o ese actuar sobre seguro se vio evidenciado en las condiciones en que el delito fue ejecutado.

Obsérvese que Castro, condenado en otro proceso, junto al grupo de menores –entre los que se encontraban los encartados- salieron del local bailable, corrieron, alcanzaron y golpearon ferozmente a la víctima en evidente cumplimiento de un acuerdo previo –ya sea expreso o tácito-, realizaron actos coadyuvantes y necesarios para intentar la consumación del delito, lo que permite inferir que se trató de un obrar en común que los convirtió en coautores, en los términos del artículo 45 del Código Penal, conforme la teoría del dominio funcional del hecho, pues dentro de su marco y de lo que se da en llamar elemento objetivo de la coautoría, cabe afirmar la participación en tal dominio colectivo en casos como el de autos, de colaboración alternativa, en los que existen diversas posibilidades fácticas de realización típica y en las que los miembros del grupo se encuentran preparados para la ejecución de cada una de tales alternativas de realización, por lo que resulta irrelevante la identidad de quien finalmente, en cumplimiento del acuerdo, produce el resultado, pues el dominio funcional y la asignación de responsabilidad se predica respecto de todos los actores.

En otras palabras, es innecesario establecer quién golpeó más o menos cantidad de veces, en lugares más o menos vitales del cuerpo de la víctima, ya que en el obrar en común no rige el principio de la

imputación por accesoriedad, sino la inmediata imputación recíproca de todas las contribuciones al hecho que tiene lugar en el marco del convenio delictivo.

Concluyo con lo expuesto, que no hace falta más para tener por afamada la coautoría de los aquí imputados.

Con esto, rechazo el planteo de exceso de jurisdicción estructurado por la defensa de Colicigno, pues la descripción fáctica realizada por el juzgador se correspondió con aquella realizada por el Ministerio Público Fiscal, tanto al inicio del debate como en el alegato final.

El objeto del proceso que viene fijado en la requisitoria fiscal no es un delito determinado, sino un suceso o acontecimiento histórico, cuyas características podrán o no tener relevancia jurídica, pero será el juzgador quien tenga la potestad de encasillar esa relevancia legal en el marco de la ley que corresponda, sin menoscabar con ello ninguno de los principios jurídicos del proceso penal, pues ejecuta su función específica, cual es la de aplicar el derecho.

La correcta significación que se le otorgue al hecho descripto por el fiscal de ninguna manera violenta la congruencia que debe existir, como manifestación de las garantías del debido proceso y defensa en juicio, entre el hecho perseguido y el sentenciado, pues ello no importa modificación o alteración alguna de los hechos.

El mismo razonamiento se aplica a la asignación que el sentenciante da al grado de intervención que les cupo a los ejecutantes de ese mismo suceso descripto.

El principio acusatorio sólo importa la sujeción de los Jueces al objeto del juicio, es decir, a los hechos y las personas señaladas en la acusación, pero no impide al Tribunal cambiar la calificación, el grado de consumación verificado, como asimismo el grado de participación de el o los acusados, siempre que lo efectúe dentro de los límites que establece el Código de fondo. En el presente caso, no cabe entender que la mutación en la gravedad de la intervención de Colicingo realizada por el órgano jurisdiccional haya tomado por sorpresa a la defensa impidiéndole contradecir la imputación, ya que desde el comienzo del debate a los tres encartados se les imputó el mismo hecho, con similar grado de intervención, siendo sólo al finalizar el juicio que el fiscal propuso reducir la intervención de Colicingo a una participación secundaria, siempre en el marco de la materialidad ilícita descripta inicialmente, con lo que va de suyo que la defensa, durante el transcurso de todo el debate, tuvo la posibilidad de ejercer plenamente su ministerio.

Por estos fundamentos, el encaje legal adjudicado al hecho resulta acertado y el agravio no progresa (artículos 18 y 75, inciso 22° de la Constitución Nacional; 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 42 y 80 inciso 2° del Código Penal; 210, 448, 451, 456 y 459 del Código Procesal Penal).

III.

En lo que atañe a la pena, las defensas denuncian la violación a la proporcionalidad, *ultima ratio* y razonabilidad de la misma, ante la decisión del órgano jurisdiccional que la impuso bajo la modalidad de cumplimiento efectivo.

El agravio es insuficiente, visto que los impugnantes abundan en consideraciones teóricas sobre el elevado monto de la pena discernida y su forma de ejecución, sin proporcionar argumentos concretos que demuestren el error del resolutorio.

Surge del veredicto que el sentenciante, al momento de efectuar el juicio sobre la necesidad, clase y medida de la pena, determinó

que se encontraban abastecidos, conforme las constancias de la causa, los recaudos fijados por el artículo 4º de la ley 22.278 para la imposición de la mencionada y estableció además que en el caso correspondía hacerla efectiva.

Ello lo decidió con base en el criterio de “ultima ratio” de la pena privativa de libertad, que rige en la mensuración punitiva del proceso minoril, en el principio de culpabilidad penal, y además, hizo uso de la facultad que posee, beneficiando a los imputados con la reducción de la escala aplicable al delito, en los términos del artículo 42 del Código Penal.

Entonces, para ponderar la necesidad de la pena en el caso, justificó además de los requisitos objetivos que demanda en artículo 4 de la ley 22.278, el motivo por el que consideró que frente a los informes agregados y la impresión causada por los encartados –de imposible contralor para esta Alzada, que no los vio ni los oyó (inmediación mediante)-, que los mencionados aún no habían concluido el tratamiento resocializador, de reconocimiento de aquellos valores queridos y exaltados de la sociedad, además de que afirmó que no había observado en ellos ningún progreso desde el suceso, sino más bien, que al finalizar el debate habían adoptado una actitud que permitía evidenciar una clara intención de mejorar su comprometida situación procesal.

Con este piso de marcha, y sin perjuicio de los criterios con los que el juzgador calibró la pena y la elección de su modalidad, no se advierten desatendidas las pautas establecidas por el Máximo Tribunal Nacional en el fallo “Maldonado” al que los quejosos aluden, pues quedó acreditado que el juzgador cumplió con el recaudo de impresión directa del menor recogida por el juez, requerido por los artículos 41 inciso 2º del Código Penal, 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 4 de la ley 22.278, y la sanción fue fijada considerando la escala de la tentativa del delito imputado.

En consecuencia, en mérito a que los enjuiciados superan los 18 años de edad, la gravedad del delito atribuido (homicidio

agravado por alevosía en grado de tentativa), el resultado del tratamiento tutelar recibido y la impresión causada por éstos en el juicio, lo resuelto por el sentenciante es derivación racional del derecho vigente y de las constancias de la causa, por lo que el agravio decae.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar los recursos, con costas (artículos 18 de la Constitución Nacional; 12, 19, 29 inciso 3º, 40, 41, 42, 44, 45 y 80 inciso 2º del Código Penal; 4 de la ley 22.278; 13 de la ley 13.634; 210, 373, 448, 450, 451, 454 inciso 1º, 456, 459, 530 y 531 del Código Procesal Penal).

En consecuencia, a esta primera cuestión VOTO POR LA NEGATIVA.

A la primera cuestión planteada, el señor juez doctor Borinsky dijo:

Adhiero al voto del doctor Violini, por sus fundamentos, y a esta primera cuestión, también me pronuncio POR LA NEGATIVA.

A la segunda cuestión planteada, el señor juez doctor Violini dijo:

De acuerdo al modo en que fue resuelta la cuestión que antecede, corresponde rechazar los recursos de casación interpuestos, con costas (artículos 18 de la Constitución Nacional; 12, 19, 29 inciso 3º, 40, 41, 42, 44, 45 y 80 inciso 2º del Código Penal; 4 de la ley 22.278; 13 de la ley 13.634; 210, 373, 448, 450, 451, 454 inciso 1º, 456, 459, 530 y 531 del Código Procesal Penal). ASÍ LO VOTO.

A la segunda cuestión planteada, el señor juez doctor Borinsky dijo:

Que vota en igual sentido que el doctor Violini.

FDO. DRES.: VIOLINI - BORINSKY. ANTE MI: KARINA ECHENIQUE. SECRETARIA. REG. 547.

Con lo que no siendo para más, se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente,

S E N T E N C I A

RECHAZAR los recursos de casación interpuestos, con costas.

Rigen los artículos 18 de la Constitución Nacional; 12, 19, 29 inciso 3º, 40, 41, 42, 44, 45 y 80 inciso 2º del Código Penal; 4 de la ley 22.278; 13 de la ley 13.634; 210, 373, 448, 450, 451, 454 inciso 1º, 456, 459, 530 y 531 del Código Procesal Penal .

Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítase a origen.

FDO. VICTOR HORACIO VIOLINI - RICARDO BORINSKY

ANTE MI: KARINA ECHENIQUE. REG.547.-