

Persecucion Policial Tentativa De Homicidio Agravada Por El Uso De Arma De Fuego

JURISPRUDENCIA

Persecución policial. Tentativa de homicidio agravada por el uso de

arma de fuego

Se confirma la sentencia que no hizo lugar a la nulidad del procedimiento policial, y condenó a los imputados como coautores materiales y penalmente responsables del delito de resistencia a la autoridad en concurso ideal con tentativa de homicidio agravada doblemente por haber sido cometida mediante la utilización de arma de fuego y en perjuicio de agentes policiales en cumplimiento de sus funciones.

En la ciudad de Buenos Aires, a los 18 días del mes de septiembre del año dos mil quince, se reúne la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Mariano Hernán Borinsky como Presidente, los doctores Juan Carlos Gemignani y Gustavo M. Hornos como Vocales, asistidos por el secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación de fs. 711/724 de la presente causa nro.

CCC48723/2012/TO1/CFC1 del registro de esta Sala IV, caratulada: ?G., J. S. y otro s/recurso de casación?; de la que RESULTA:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 15 de la Capital Federal, en la causa N° 4055 mediante sentencia del 30 de septiembre de 2014, resolvió -en lo que aquí interesa-: ?I) NO HACER LUGAR A LA NULIDAD del procedimiento policial que diera origen a este sumario y todo lo actuado en consecuencia. (art. 166 y subsiguientes a contrario sensu del C.P.P.N.); V) CONDENAR a D. A. T. de las demás condiciones personales del encabezamiento, por considerarlo coautor material y penalmente responsable del delito de resistencia a la autoridad en concurso ideal con tentativa de homicidio agravado doblemente por haber sido cometido mediante la utilización de arma de fuego y en perjuicio de agentes policiales en cumplimiento de sus funciones reiterado en dos oportunidades (damnificados Sargento C. G. G. y Cabo 1° N. C.) los cuales concurren de manera real con el delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal, A LA PENA DE DIECISÉIS AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (Arts. 29 inc. 3°, 41 bis, 42, 44, 54, 55, 45, 80 inc. 8°, 239, 189 bis, 2° inciso, párrafo 4° del Código Penal y 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación); VI) CONDENAR a J. S. G. de las demás condiciones personales del encabezamiento, por considerarlo coautor material y penalmente responsable del delito de resistencia a la autoridad en concurso ideal con tentativa de homicidio agravado doblemente por haber sido cometido mediante la utilización de arma de fuego y en perjuicio de agentes policiales en cumplimiento de sus funciones reiterado en tres oportunidades (damnificados Sargento C. G. G., Cabo 1° N. C. y Sargento 1° H. R. D.) los cuales concurren de manera real con el delito de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal, A LA PENA DE DIECIOCHO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (Arts. 29 inc. 3°, 41 bis, 42, 44, 54, 55, 45, 80 inc. 8°, 239, 189 bis, 2° inciso, párrafo 4° del Código Penal y 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación)? (cfr. fs. 668/706).1

II. Que contra dicha sentencia interpuso recurso de casación la defensa que asiste técnicamente a D. A. T. y a J. S. G. (cfr. fs. 711/724), el que fue concedido por el tribunal a quo (cfr. fs. 725/726) y mantenido ante esta instancia (cfr. fs. 737). III. El recurrente se agravió, en primer lugar, por considerar que la sentencia resulta arbitraria por ausencia de debida fundamentación o motivación aparente con respecto a la decisión adoptada -por mayoría- por el tribunal a quo que rechazó la nulidad articulada por la defensa durante el debate. Dicha nulidad se cimentó en la invocada ausencia de sospechas o motivos suficientes para habilitar al personal policial a identificar a sus defendidos en la vía pública. Por otra parte, el impugnante alegó una errónea aplicación de la ley sustantiva, pues consideró que en la sentencia se calificaron los hechos materia de acusación como constitutivos del delito de homicidio agravado en grado de tentativa (arts. 80, inc. 8 y 41 bis del C.P.) cuando, a su juicio, se debió subsumir los hechos como constitutivos del delito de abuso de armas (art. 104 del C.P.). En este sentido, el recurrente afirmó que de la propia sentencia no surgen elementos de juicio que permitan tener por acreditada la voluntad de matar -aun con dolo eventual- de sus asistidos al disparar las armas de fuego. Es decir, el recurrente sostiene que no se encuentra probado en autos, la voluntad homicida de los imputados. Subsidiariamente, el impugnante sostuvo que tampoco puede tenerse por configurada la agravante que califica al homicidio. En este sentido, sostuvo que para que se configure la circunstancia agravante del art. 80, inc. 8 del C.P., se requiere que el autor, como elemento subjetivo distinto al dolo, mate a partir de la condición, función o cargo del sujeto pasivo como miembro de una fuerza de seguridad; extremo que, según la defensa, no fue acreditado en la sentencia. Asimismo, la defensa cuestionó la agravante del art. 41 bis del C.P., toda vez que consideró que no resulta aplicable para los casos de homicidio. Fundó dicha postura alegando que la utilización de un arma de fuego para llevar a cabo un homicidio no produce mayor afectación al bien jurídico que protege la vida. Finalmente la defensa se agravió por el monto de pena que se les impuso a sus defendidos. Sobre este aspecto, el recurrente sostuvo que en la sentencia impugnada no se determinó fundadamente el monto de la pena impuesta a partir de las pautas establecidas por los arts. 40 y 41 del C.P. Hizo reserva del caso federal. IV. Que en la oportunidad prevista en el art. 465,

cuarto párrafo, y 466 del código de rito, se presentó el Fiscal General ante esta instancia, Dr. Raúl Omar Pleé, quien solicitó fundadamente que se rechace el recurso de casación que presentó la defensa (cfr. fs. 665/668). V. Superada la etapa prevista en los arts. 465, último párrafo y 468 del C.P.P.N., de lo que se dejó constancia en autos (fs. 749), quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano Hernán Borinsky, Juan Gustavo M. Hornos y Carlos Gemignani. El señor juez doctor Mariano Hernán Borinsky dijo: I. Liminariamente, corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto resulta formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas (art. 457 del C.P.P.N.), el recurrente se encuentra legitimado para impugnarla (art. 459 del C.P.P.N.), los planteos esgrimidos se enmarcan dentro de los motivos previstos en el art. 456 del C.P.P.N., y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación exigidos por el art. 463 del citado código ritual. II. Que para dar solución al caso traído en revisión, resulta pertinente recordar, en prieta síntesis, la reconstrucción histórica de los hechos que tuvo por acreditado el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 15 de la Capital Federal. Así, se afirmó que: "...el día 13 de diciembre de 2012 alrededor de las 11.00 horas J. S. G. y D. A. T., desobedecieron la orden impartida por el Sargento C. G. G., perteneciente a la Seccional 3° de la P.F.A., en la intersección de las calles Bartolomé Mitre y Libertad de esta ciudad, como así también haber intentado dar muerte, mediante el empleo de armas de fuego, cuya portación era ilegítima, al Sargento C. G. G., al Cabo 1° N. C., y en el caso de J. S. G. también al Sargento H. R. D. En dicha ocasión cuando el Sargento C. G. G. se hallaba a cargo del móvil nro. ... de la Seccional 3° de la P.F.A., recorriendo el radio jurisdiccional, por la calle Bartolomé Mitre al alcanzar la intersección con la Avenida 9 de Julio de esta ciudad, observó a los aquí imputados -vistiendo T. una camisa blanca y G. una negra- quienes ante el cruce de miradas se eyectaron del lugar en que estaban para abandonarlo evidenciando una actitud de nerviosismo que llamó la atención del preventor quien decidió identificarlos. Para ello, el Sargento G. regresó a la intersección de Cerrito y Bartolomé Mitre, lugar donde descendió del móvil y comenzó a caminar por esta última hacia la arteria Libertad, es decir, en la misma dirección en la que lo hicieron los endilgados. Al llegar a la esquina de Bartolomé Mitre y Libertad, el preventor se acercó a los acusados y les solicitó que se detuvieran a fin de identificarlos, y sin perjuicio de que en un primer momento se detuvieron, cuando el agente G. les indicó que se pusieran contra la pared, los mismos no obedecieron dicha orden y comenzaron a correr por la primera de las arterias mencionadas, en dirección a Talcahuano. Precisamente, quien vestía una camisa blanca -T.- se dio a la fuga inmediatamente mientras que su compañero tardó unos segundos, motivo por el cual el Sargento G. intentó detenerlo siendo ello imposible ya que aquel le propinó un golpe con su codo para luego continuar los pasos del otro sujeto. Seguidamente, cuando ambos masculinos llegaron a la intersección de Bartolomé Mitre y Talcahuano se cruzaron con J. S. S. -agente de tránsito de la Ciudad de Buenos Aires- el cual logró interceptar a uno de ellos, cayendo ambos al suelo, momento en el cual T. le refirió a su compañero: ?quemalo, quemalo?, en alusión a que le dispara a S. Luego de ello, los endilgados continuaron su huida por la calle Talcahuano hacia Rivadavia y fue allí cuando T. extrajo del morral que llevaba consigo un arma de fuego, marca ?Bersa? calibre 9mm. serie nro. ... de color negro pavonado, con la cual le apuntó y disparó al cuerpo del Sargento G., con el claro fin de ultimarle, aunque no logró impactarlo. En pos de evadirse los acusados se ubicaron en la entrada del hotel Lennox, sito en Talcahuano nro. 52, donde volvieron a abrir fuego en un primer término contra el Sargento G. quien se había resguardado en la entrada de un comercio de venta de instrumentos musicales ubicado en la misma arteria y vereda del sindicado hotel y, simultáneamente contra el Cabo 1° N. C., quien se encontraba en un estacionamiento ubicado al frente de Lennox quien acudió en auxilio de G. Pese a la orden impartida por C. para que cesaran en la agresión armada, los acusados continuaron disparando, lo que llevó al citado suboficial a tomar resguardo en el estacionamiento lindero al hotel aludido. Seguidamente, T. tomó el cartel de madera que se hallaba en la entrada de dicho lugar, el cual exhibía su correspondiente menú, y utilizándolo para cubrirse su torso se dirigió hacia donde estaba C., y al estar a poca distancia, le apuntó con el arma que portaba, efectuando varios disparos, produciéndole uno de los proyectiles una lesión grave, precisamente una fractura expuesta del segundo metatarsiano derecho con orificio de entrada y salida. Posteriormente, los acusados corrieron hacia Rivadavia para luego dirigirse en dirección a la arteria Uruguay, oportunidad en la que S. G. efectuó disparos con su arma de fuego contra el Sargento 1°D., quien repeló dicha agresión de la misma manera, mientras T. se acercó al lugar sin efectuar disparo alguno. Seguidamente, S. G. se acercó al rodado marca Peugeot 307, dominio ..., el cual se hallaba estacionado sobre Rivadavia frente a la AFIP e intentó abrirlo desde la puerta del acompañante, sin embargo no pudo pese a que la misma se encontraba sin traba. Frente a ello, dicho imputado se dirigió hacia la parte delantera del rodado y, sin realizar disparo alguno, le apuntó con su arma de fuego al conductor de tal rodado, el Sr. A. D. T., quien descendió rápidamente del mismo y se arrojó al piso. En el curso del enfrentamiento, S. G. recibió un disparo por lo que quedó aturdido y por ello se acostó en el piso, siendo detenido y secuestrándole una pistola marca ?Bersa? modelo ?Thunder? calibre 9 mm, la cual poseía su numeración erradicada y una vaina servida encasillada, marca ?SP? calibre 9mm con un cargador marca ?Bersa? con once cartuchos del mismo calibre y marca. Cabe destacar que para ese entonces, el acusado T. había continuado su

fuga, siendo finalmente detenido a escasos metros de allí, precisamente sobre la arteria Uruguay a la altura catastral 44. Habida cuenta de ello, también se encuentra plenamente acreditado que D. A. T. y a J. [...] G. en la citada ocasión portaron sin la debida autorización legal, en tiempo anterior y durante el hecho antes descripto (e identificado como número 1 en el requerimiento de elevación a juicio), la pistola marca ?Bersa? calibre 9mm., serie nro. ..., color negro pavonado y la pistola marca ?Bersa?, modelo ?Thunder?, calibre 9mm., con la numeración erradicada con un cargador marca ?Bersa? con once cartuchos calibre 9mm marca ?SP?, respectivamente. Así las cosas, ninguna duda cabe acerca del accionar delictivo de los epigrafiados en relación al hecho por los que media acusación Fiscal, extremo que permite, sobradamente, atribuirles responsabilidad criminal en el sub lite a título de coautores...? (cfr. fs. 690vta./692). III. El agravio que invocó la defensa en su recurso contra la nulidad del procedimiento policial que dio origen a la presente causa, no puede prosperar. Ello así por cuanto el recurrente se limitó a reeditar el mismo planteó que se realizó en la etapa de juicio, sin rebatir las consideraciones efectuadas por la mayoría del tribunal a quo a la hora de analizar y descartar el mismo. Por lo demás, se aprecia que la acción de prevención que llevó a cabo el oficial de policía C. G. G., fue debidamente explicada por el mencionado funcionario al prestar declaración testimonial durante el debate. En dicha ocasión, G. manifestó que mientras se encontraba en un patrullero circulando por la calle Bartolomé Mitre y la avenida 9 de Julio de esta ciudad, observó a dos hombres que la advertir la presencia policial, se levantaron -se encontraban sentados en el boulevard- y comenzaron a caminar y cruzaron la mencionada avenida. En este contexto, el preventor declaró que al advertir la presencia policial, los dos sujetos bajaron la mirada, tomaron un portafolio y rápidamente comenzaron a caminar. La actitud asumida por sendas personas -los aquí imputados G. y T.- llamó la atención del personal policial actuante, quien juzgó la conducta de los imputados como sospechosa. De allí, que el oficial C. G. G. decidió bajar del patrullero, seguir a las personas observadas a los efectos de su identificación, desencadenándose en dicha oportunidad los hechos materia de juzgamiento (cfr. fs. 671/671vta. de la sentencia). En consecuencia, las concretas circunstancias relatadas por el oficial C. G. G. y la mínima intensidad coercitiva que implicó su intervención original en el procedimiento que desencadenó los hechos materia de juzgamiento - identificación de los imputados-, permiten homologar la conclusión a la que se arribó -por mayoría- en la sentencia, en cuanto a que la pretendida identificación de los imputados por parte del personal policial actuante, se enmarcó dentro de las atribuciones conferidas a las fuerzas de seguridad por los arts. 183 y 184 del C.P.P.N. Por ello, corresponde rechazar el planteo de nulidad que articuló la defensa en su recurso de casación. IV. Por otra parte, las críticas que efectuó el recurrente contra el juicio de subsunción legal definido en la sentencia, tampoco pueden tener acogida favorable en esta instancia. A dicha conclusión se llega no bien se advierte que el tribunal de la instancia anterior otorgó suficiente fundamentación a la hora de tener por acreditado con el grado de certeza que exige un pronunciamiento condenatorio, el dolo de homicidio que se evidenció en los hechos que involucran los disparos de arma de fuego que los imputados efectuaron contra el personal policial que se disponía a detenerlos. En efecto, para tener por configurado el conocimiento y la voluntad realizadora (dolo) de provocar la muerte de los agentes de seguridad con los disparos de armas de fuego que efectuaron los imputados -hechos no controvertido en el recurso- en la sentencia se sostuvo que ?...en cuanto a la figura de homicidio calificado en grado de tentativa que habrá de aplicarse, cabe señalar que la ferocidad del enfrentamiento que protagonizaron los encartados, y más allá de la cantidad de disparos que efectuaran cada uno de ellos, persuaden de su intención de matar al personal policial que procuraba su aprehensión. Incluso consta que T. profirió la frase ?quemalo, quemalo' a su cómplice y en alusión a uno de los policías. También de los videos incorporados, y que fueran exhibidos durante la audiencia, se observa nítidamente que ambos imputados sin miramientos y aún a riesgo de la integridad física de terceros indiscriminados, disparaban en forma deliberada al personal preventor? (cfr. fs. 692vta.). Asimismo, se agregó que ?[t]al como fuera señalado, a juzgar por el cariz de la agresión armada desarrollada por G. y T. con pistolas de grueso calibre y a escasa distancia de las víctimas, el designo de matar deviene palmario y aun si se quiere a título de dolo eventual...? (cfr. fs. 693). De lo dicho, surge con claridad que en la sentencia se brindaron razones suficientes para tener por configurado en el sub lite el dolo homicida de los imputados G. y T. al abrir reiteradamente fuego contra el personal policial que emprendió la persecución de los acusados para lograr sus detenciones. De allí que no pueda prosperar la posición de la defensa en cuanto sostiene que no se encuentra probado el dolo homicida. La defensa sostiene dicha postura alegando que los imputados ?cubrían la corrida con disparos? pero no tenían intención de matar. Sin embargo, las declaraciones prestadas durante el debate - ampliamente referenciadas en la sentencia que se examina- por los preventores A. D. T., C. G. G., H. R. D. y N. R. C., así como también por el agente de tránsito J. S. S., resultan suficientes para refutar la posición de la defensa y confirmar las conclusiones a las que arribó el tribunal a quo. Ello así, por cuanto de las mencionadas declaraciones surge que los imputados efectuaron numerosos disparos de armas de fuego contra los preventores C. G. G., N. C. y H. R. D. -este último sólo atribuido a J. S. G.-, apuntando al ?cuerpo? de los integrantes de la fuerza de seguridad y a corta distancia. Sobre éste último extremo, los citados preventores manifestaron que los disparos contra ellos, se efectuaron a veinte, a cinco y a un metro y medio de distancia, respectivamente. Lo expuesto permite descartar la posición de la defensa y confirmar el dolo homicida que se

tuvo por acreditado en la sentencia. Por otra parte, con respecto a la alegada errónea aplicación al sub lite de la agravante prevista en el art. 41 bis del C.P., habré de remitirme a lo expuesto -en lo pertinente y aplicable- en la causa ?Mendieta, Alan Josué s/recurso de casación? (C.F.C.P., Sala IV, causa N° 15.978, reg. 1890.14, rta. 19/9/2014), ocasión en la que tuve oportunidad de analizar dicha figura penal. En dicho precedente, sostuve que cabe recordar que la ley 25.297 (B.O.: 22/09/2000) incorporó la agravante contenida en el art. 41 bis del C.P. en virtud de la cual se aumentan en un tercio del mínimo y máximo las escalas penales de los delitos cuando fueren cometidos con violencia o intimidación contra las personas mediante la utilización de un arma de fuego. Tal como me expedí en la causa ?Maldonado, Arnaldo Andrés s/ recurso de casación? (causa N° 13.209, reg. 276.13, rta. 15/03/2013 de la Sala IV de la C.F.C.P.), conforme se establece en el segundo párrafo del art. 41 bis del C.P., dicha regla reconoce como excepción aquellos delitos que contemplan estrictamente el uso de arma de fuego como constitutiva o calificante del delito (por ejemplo, arts. 104 y 166, inc. 2, párrafo segundo, del C.P.). Asimismo, cabe señalar que la figura penal prevista y reprimida por el art. 79 del C.P. puede llevarse a cabo por cualquier medio y no contiene como elemento constitutivo o calificante la utilización de un arma de fuego. En efecto, el legislador previó que ciertas modalidades, medios, fines y móviles de dar muerte a una persona tienen una escala penal agravada (cfr. art. 80 del C.P.) con respecto al delito de homicidio simple que, a su vez, puede resultar agravado en razón de haberse cometido con violencia o intimidación contra las personas mediante la utilización de un arma de fuego (art. 41 bis del C.P.). Por último, en cuanto a la razonabilidad de la decisión legislativa de privilegiar dicha circunstancia como elemento calificante del homicidio corresponde recordar que el control que al respecto compete a los órganos jurisdiccionales no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador (Fallos 308:1631; 323:2409). Ello resulta así, pues de conformidad con nuestro ordenamiento constitucional, es facultad del Congreso Nacional el declarar ciertos actos como punibles y fijar las penas de los mismos. Se trata de una potestad exclusiva y privativa del Poder Legislativo que se encuentra exenta -en principio- del control judicial de constitucionalidad. Las consideraciones precedentes constituyen la obligada derivación de la hermenéutica constitucional realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación del principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional; éste desde el punto de vista material, al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse dicha amenaza para garantizar una protección suficiente. Ello es así, porque sólo aquellos que están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada (cfr. voto del suscripto en la causa ?REARTE, Leandro Ezequiel s/recurso de casación?, causa N° 13.559, reg. 1726/12, rta. 25/09/2012 con cita, mutatis mutandi, C.S.J.N. causa: L.119.XXII, ?Legumbres S.A. y otros s/ contrabando' rta. el 19 de octubre de 1989). En función de lo expuesto, corresponde rechazar el agravio planteado por la impugnante con relación a la aplicación del art. 41 bis del C.P. al sub lite, que por la presente se convalida. En otro orden de ideas, tampoco habrá de prosperar la crítica del recurrente con respecto a que no corresponde aplicar en el caso la agravante prevista en el art. 80 inc. 8° del C.P. (el que matare a ?... un miembro de las fuerzas de seguridad pública, policiales o penitenciarias, por su función, cargo o condición?). La defensa cuestionó la aplicación de dicha circunstancia agravante al considerar que no se encontraba probado en autos el elemento subjetivo distinto al dolo que requiere el mencionado tipo penal para su aplicación. Es decir, la motivación de la acción homicida a partir de la función, cargo o condición de un miembro de una fuerza de seguridad. Para así decir, el recurrente afirmó que no basta el mero conocimiento de la calidad de miembro de una fuerza de seguridad del sujeto pasivo, sino que debe demostrarse en el caso que fue esa condición - pertenecer a una fuerza de seguridad- la que determinó la conducta homicida del autor. En el sub examine, el tribunal de juicio sostuvo que ?...dicha agravación de la pena tiene directa relación con la situación objetiva de la condición funcional de las víctimas, obviamente conocidas por T. y G., ya que G., C. y D. actuaron uniformados, en cumplimiento de sus quehaceres, lo que exime de mayor análisis; quedando el delito en conato por no haberse producido la muerte de persona alguna.? (cfr. fs. 694). La conclusión a la que arribó el tribunal de la instancia anterior, no fue rebatida por la defensa en su recurso. Por lo demás, la sola circunstancia de que los imputados efectuaron los disparos de arma de fuego contra el personal policial uniformado que se disponía a la aprehensión de los aquí enjuiciados, deja sin sustento la posición de la defensa y corrobora el correcto juicio de subsunción legal que llevaron a cabo los magistrados de la instancia anterior que alcanzaron la mayoría del fallo condenatoria traído en revisión. En dichas circunstancias, se encuentra suficientemente fundada la aplicación al sub lite de la agravante prevista en el inciso 8° del art. 80 del C.P. En su razón, cabe rechazar el agravio de la defensa con relación a este punto. Por lo expuesto, corresponde rechazar los agravios que expuso la defensa contra el juicio de subsunción legal que se llevó a cabo en la sentencia. V. Finalmente, tampoco puede prosperar el agravio que invocó el recurrente con respecto a la supuesta ausencia de fundamentación en la sentencia al momento de determinar la pena de 16 (dieciséis) años de prisión que se le impuso a D. A. T. y la pena de 18

(dieciocho) años de prisión que estableció para J. S. G. Así, al analizar el pronunciamiento impugnado, no se verifica insuficiente fundamentación por parte del tribunal a quo al momento de mensurar el quantum punitivo que le impuso a los imputados. A dicha conclusión se arriba, no bien se advierte que la pena fue establecida atendiendo a las pautas establecidas legalmente para su mensuración (arts. 40 y 41 del Código Penal). En este sentido, el tribunal a quo sostuvo que "para graduar la sanción a imponer, he de tener en consideración como agravantes las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos en estudio, tratándose de una zona del centro de la ciudad, densamente transitada, un día hábil en hora cercana al medio día y en especial la envergadura del tiroteo iniciado por los causantes, obligando la respuesta de las fuerzas del orden. Por lo demás, y de acuerdo a las pautas mensurativas previstas en los artículos 40 y 41 del C.P., se tendrán en consideración respecto de T. que proviene de una familia numerosa, conformada por siete hermanos, que no conoció a su padre, quien falleció antes de su nacimiento, que conformó núcleo familiar propio en dos ocasiones, fruto de la primera tiene un hijo de dieciocho años y fruto de la segunda tiene un hijo de un año y medio, que antes de ser detenido convivía con su segunda pareja en un modesto domicilio que pertenece a su suegra en regulares condiciones de habitabilidad, que tiene estudios secundarios incompletos y que su situación económica hace que en ocasiones no llegue a cubrir las necesidades básicas de alimentación, que vive gracias a la ayuda de su suegra, y que ha tenido problemas de adicción a las drogas en su adolescencia. Con relación a G. se tiene en cuenta que proviene de una familia constituida regularmente, aunque ahora sus progenitores se encuentren separados, que ha conformado núcleo familiar propio y que de esa relación tiene tres hijos menores, que únicamente tiene estudios primarios completos y que abandonó la escuela para insertarse laboralmente a los doce años, aprendiendo el oficio de ayudante de plomero que desempeñaba hasta antes de su detención.

Por todo ello, se considera justa la pena de dieciocho años de prisión, accesorias legales y costas en relación a J. S. G. y la pena de dieciséis años de prisión, accesorias legales y costas respecto de D. A. T. por ser una adecuada respuesta a la actividad desplegada por los procesados en relación a los hechos tratados precedentemente. (cfr. fs. 695 vta/696). Las mencionadas circunstancias valoradas en la sentencia como pautas de mensuración de la pena, no sólo no fueron desvirtuadas por la defensa en su recurso, sino que además, resultan demostrativas de la suficiente fundamentación que otorgó el tribunal a quo al momento de determinar la pena a partir de las pautas previstas en los arts. 40 y 41 del C.P. En consecuencia, cabe concluir que la actividad intelectual cumplida por los jueces de la instancia anterior para determinar el monto de pena, cuenta con debida fundamentación, en tanto se identificaron "...cuáles son los criterios decisivos para agravar o atenuar las penas según el grupo de delitos de que se trate y su forma concreta de comisión?" (ZIFFER, Patricia S. Lineamientos de la determinación de la pena, Ad-Hoc, Bs. As. 2005, 1° reimpresión, 2° edición inalterada, pág.131), dotando a la sentencia de suficiente fundamentación. VI. Por todo lo expuesto, de conformidad con lo solicitado en esta instancia por el Fiscal General, Dr. Raúl Omar Pleé, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. S. G. y D. A. T., sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 in fine del C.P.P.N.). Tener presente la reserva de caso federal. El señor juez Gustavo M. Hornos dijo: Comparto, en lo sustancial, las fundamentaciones y conclusiones que fueron desarrolladas en el voto del colega que lidera el acuerdo, lo que en consecuencia me lleva a adherir a la solución propuesta. En efecto, la sentencia recurrida, en lo relativo a la ponderación de las pruebas, a la acreditación de la ocurrencia de los hechos juzgados, a la participación que en ellos cupo a J. S. G. y D. A. T. y a la subsunción legal atribuida, se encuentra correctamente fundada y no presenta fisuras de logicidad en su razonamiento. Es que las conclusiones a las que se arriba en el fallo constituyen la derivación necesaria y razonada de las constancias de la causa, y la aplicación del derecho vigente al caso concreto, contando con el grado de certeza necesario exigido a todo veredicto de condena, sin que las críticas que formula la defensa pública oficial logren conmover lo resuelto como acto jurisdiccional válido (arts. 123, 398, 404, inc. 2° del C.P.P.N.). Sin perjuicio de lo expuesto, y en tanto J. S. G. y D. A. T. han sido condenados a la pena de dieciocho (18) y diecisiete (17) años de prisión y costas, respectivamente, y con remisión a lo que he tenido oportunidad de sostener en las causas "Basualdo, Néstor Silvestre Maximiliano s/recurso de casación (CCC 7934/2013/TO3/CFC1, Reg. Nro. 2964/14.4, rta. el día 17 de diciembre de 2014) y "Ramírez, Juan Ramón s/recurso de casación", (causa n° 871/2013, Reg. Nro. 2231/14.4, rta. el día 6 de noviembre de 2014), habré de proponer la declaración de inconstitucionalidad de oficio de la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P., en tanto restringen el ejercicio de la patria potestad y la disposición y administración de los bienes de las personas condenadas a pena privativas de la libertad mayores a tres (3) años. En el precedente "Basualdo" antes citado he señalado que la naturaleza de las cuestiones jurídicas en juego que sustentaran la declaración de inconstitucionalidad referida me inclinan en una interpretación pro personae a salir de la zona de auto-restricción propia de los magistrados judiciales con el objeto de mejor garantizar los derechos en juego mediante un examen de su constitucionalidad aun cuando no exista en el caso un concreto pedido de parte; pues se trata de una aplicación del principio iura novit curia y, nada menos, de la supremacía de la Constitución Nacional (cfr. 324:3219; 327:3117). Asimismo, en la causa "Ramírez" antes citada, sostuve que la norma del art. 12 violaba el principio de resocialización de la ejecución de las penas en tanto afecta la continuidad de los lazos familiares y sociales y el contacto fluido del interno con el mundo

exterior, así como el ejercicio de sus derechos de contenido patrimonial, en tanto le impide cumplir adecuadamente con sus obligaciones inherentes a la patria potestad y de actuar en un plano de igualdad frente a terceros en la administración y disposición de sus bienes por acto entre vivos, sometiéndolo de manera forzada al régimen de la curatela, generando un efecto estigmatizante que se aparta de la finalidad resocializadora de la ejecución de la pena. Agregué que el carácter genérico de la norma y su aplicación automática impide una reflexión particular del caso que permitiera evaluar la concreta vulneración a los derechos humanos que su aplicación pudiera generar. Sostuve también que la norma prevista en el art. 12 del C.P. menoscaba el principio de intrascendencia de la pena establecido en el art. 5.3 de la C.A.D.H., en tanto hace extensibles las consecuencias de la pena impuesta al condenado a todo el entorno familiar, impidiendo que los padres puedan decidir sobre la crianza de sus hijos de acuerdo al proyecto de vida que aquéllos elijan. Asimismo, destaqué que la privación de la patria potestad atenta contra el interés superior del niño reconocido por la ley 26.061 como la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos y garantías y el deber que tiene el Estado en la protección de la familia, entendida como el elemento natural y fundamental de la sociedad. En virtud de ello, entiendo que corresponde declarar la inconstitucionalidad de la segunda y tercera disposición del art. 12 del C.P. y, consecuentemente, dejar sin efecto la resolución recurrida en cuanto a la imposición de las accesorias dispuestas en dicha normativa.

Dejando a salvo mi opinión en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 12 del C.P., adhiero a la solución propuesta de rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 711/724 por la defensa de J. S. G. y D. A. T. Sin costas ante esta instancia en virtud de haberse efectuado un razonable ejercicio del derecho al recurso (arts. 530 y 531 in fine del Código Procesal Penal de la Nación y art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Tener presente la reserva del caso federal. El señor juez Juan Carlos Gemignani dijo: Por compartir sustancialmente las consideraciones desarrolladas en el voto del colega Dr. Mariano Hernán Borinsky es que habré de adherir a la propuesta que realiza al acuerdo de rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 711/72 aunque con costas en la instancia. Así lo voto. Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal, RESUELVE: I. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. S. G. y D. A. T., sin costas -por mayoría- en esta instancia (arts. 530 y 531 in fine del C.P.P.N.). II. TENER PRESENTE la reserva de caso federal. Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese (Acordada CSJN 15/13 y Lex 100). Remítase al Tribunal de origen, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

MARIANO HERNÁN BORINSKY JUAN CARLOS GEMIGNANI GUSTAVO M. HORNOS Correlaciones:
C., L. P. A. s/recurso de casación; V., R. C. y P., S. N. s/recurso de casación - Trib. Casación Penal Sala I - 02/06/2015.

003562E