

Robo Agravante Uso De Arma De Fuego

JURISPRUDENCIA

Robo. Agravante. Uso de arma de fuego

En el marco de una

causa por robo agravado por el uso de arma de fuego, se resuelve rechazar los recursos de casación interpuestos y confirmar la sentencia que rechazó la inconstitucionalidad planteada en relación con el mínimo de la escala penal del robo con arma de fuego agravado por la participación de un menor de dieciocho años y condenó a uno de los imputados a la pena de diez años de prisión y accesorias legales por encontrarlo autor material y penalmente responsable del delito de robo agravado por la lesión grave sufrida por una de las víctimas, por el uso de arma de fuego y por la participación de un menor de edad; y al otro imputado como autor de robo agravado por la lesión grave sufrida por una de las víctimas y el uso de arma de fuego. VIEDMA, 19 de agosto de 2015. Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, doctores Ricardo A. Apcarian, Enrique J. Mansilla, Sergio M. Barotto, Liliana L. Piccinini y Adriana C. Zaratiegui, según surge del acta de audiencia obrante a fs. 693/694, con la presencia del señor Secretario doctor Wenceslao Arizcuren, para el tratamiento de los autos caratulados ?ZAPATA, José Antonio y M.A.M. s/Robo agravado por el uso de arma de fuego, lesiones graves s/Casación? (Expte.Nº 27290/14 STJ), elevados por la Cámara Segunda en lo Criminal de la IVª Circunscripción Judicial con asiento de funciones en Cipolletti, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, en conformidad con el orden del sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes: CUESTIONES 1ª ¿Es fundado el recurso? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde? VOTACIÓN A la primera cuestión el señor Juez doctor Ricardo A. Apcarian dijo: 1. Antecedentes de la causa: 1.1. Mediante Sentencia definitiva Nº 20, del 6 de junio de 2014, la Cámara Segunda en lo Criminal de la IVª Circunscripción Judicial resolvió: 1) no hacer lugar a la inconstitucionalidad planteada por el señor Defensor Oficial doctor Juan Pablo Piombo -en representación de José Antonio Zapata- en relación con el mínimo de la escala penal del robo con arma de fuego agravado por la participación de un menor de dieciocho años; 2) condenar a José Antonio Zapata a la pena de diez años de prisión y accesorias legales por encontrarlo autor material y penalmente responsable del delito de robo agravado por la lesión grave sufrida por una de las víctimas, por el uso de arma de fuego y por la participación de un menor de edad, con costas y declaración de reincidencia (arts. 41 quater, 45, 50, 166 incs. 1º y 2º segundo supuesto C.P. y 498 C.P.P.); 3) declarar la responsabilidad penal de M.A.M. como autor de robo agravado por la lesión grave sufrida por una de las víctimas y el uso de arma de fuego, difiriendo la decisión sobre la imposición de pena a este último por el plazo de seis meses (arts. 45, 166 incs. 1º y 2º segundo supuesto C.P. y 2 y 4 Ley 22278). 1.2. Contra lo decidido, interpusieron recursos de casación los señores Defensores Penales Titular y Adjunto doctores Juan Pablo Piombo y Marcelo L. Caraballo en representación de José Antonio Zapata, y la entonces señora Defensora Penal doctora Verónica Rodríguez a favor de M.A.M., los que fueron declarados admisibles por el a quo y por este Cuerpo. 1.3. Dispuesto que el expediente quedara por diez días en la Oficina para su examen por parte del Ministerio Público de la Defensa (arts. 435 y 436 C.P.P.), presentaron dictámenes la señora Defensora General doctora María Rita Custet Llambí en representación de José Antonio Zapata (fs. 666/668) y la señora Defensora General subrogante doctora Marta Gloria Ghianni en representación de M.A.M. (fs. 673/678). 1.4. Realizada la audiencia prevista en los arts. 435 y 438 del Código Procesal Penal con la asistencia de la señora Defensora General doctora María Rita Custet Llambí, la señora Defensora General subrogante doctora Marta Gloria Ghianni, la señora Defensora de Menores doctora Élide Lilian Rodríguez y el señor Fiscal General doctor Marcelo Álvarez, y habiéndose agregado las breves notas de la Fiscalía General (fs. 686/692), los autos han quedado en condiciones de ser tratados. 2. Recurso de casación a favor de José Antonio Zapata: Los doctores Juan Pablo Piombo y Marcelo L. Caraballo, a favor de su pupilo, sostienen que no discutirán los hechos puesto que sucedieron tal como fueron descriptos por el Ministerio Público Fiscal y acreditados por el Tribunal. Plantean que el fallo incurre en una inobservancia a las normas establecidas en los arts. 54, 41 quater, y 166 incs. 1 y 2 segundo supuesto del Código Penal, en violación del in dubio pro reo y en falta de fundamentación en la aplicación del quantum de la pena, contrariando los arts. 98, 374, 375 y 380 inciso 3º del Código Procesal Penal. Alegan no saber si se aplicó un concurso real de delitos, dejando de lado el art. 54 del Código Penal, o si desmedidamente se apartó del mínimo de pena para el delito de robo con arma de fuego (seis -6- años y ocho -8- meses). Refieren además que, durante el alegato del debate, solicitaron que el concurso fuera ideal entre la agravante específica (uso de arma de fuego) y la agravante genérica (que un menor participe en el delito), pues no se las debía concursar en forma real como solicitó la Fiscalía. Agregan que sobre este punto no han recibido un tratamiento categórico en la sentencia. Siguen diciendo que en este caso quedó probado que existió un único designio que fue desapoderar a las víctimas de sus pertenencias con violencia sobre ellas (art. 164 del CP) y es justo que se agrave por el uso de arma de fuego apta para el disparo (art. 166 inc. 2º del CP) y por las lesiones

graves (art. 166 inc. 1° del CP) [... También] existió una participación de un menor, por lo que se aplica el art. 41 quater del CP [... el que es] una figura agravada del art. 164 del CP, independientemente de en qué parte del Código Penal se encuentre legislado [... por lo que] se solicita que se fije el criterio que ante el concurso de agravantes de un mismo delito, debe aplicarse el art. 54 del CP, que establece la absorción de una única conducta según la regla del concurso ideal. [...] Sostener lo contrario (concurso real de las agravantes) implicaría un absurdo jurídico [...] (fs. 633 vta./634). Luego plantean la inconstitucionalidad del concurso real entre una agravante específica -uso de arma de fuego- y otra genérica -participación de un menor en el delito-. Alegan que se trata de un concurso ideal, citan jurisprudencia y doctrina y argumentan que, de lo contrario, el robo con arma apta para el disparo y con un menor de edad tendría más pena que el homicidio. Por lo expuesto, concluyen que la pena es desproporcionada. Como segundo agravio expresan que -en relación con la calificación solicitada por el Ministerio Público Fiscal- la Cámara no condenó por el delito de privación ilegal de la libertad, razón por la cual lo correcto era reducir el monto de la pena, y en virtud además de lo antes referido sobre el concurso ideal de las agravantes. Aducen que el principio acusatorio impide que un Tribunal pueda imponer más pena que la solicitada por la Fiscalía, dado que ¿sin acción no hay jurisdicción?, con mención de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Si el Ministerio Público Fiscal pretendió concursar realmente los delitos referidos y pidió una pena de diez años de prisión, añaden, entonces es irracional la condena por ese monto si se ha establecido la existencia de un concurso ideal entre el robo y la privación de libertad, pues en el concurso ideal se absorben las penas menores en la mayor, para evitar otra en desmedro del principio pro homine. Por último, destacan que la conducta desplegada por Zapata no se encuentra tipificada por el art. 41 quater del Código Penal, en tanto no existió ni la utilización del menor para ocultar su designio ni tampoco su corrupción o desviación. Así, prosiguen, nunca intentó ponerse en mejor situación que la del menor o escudarse en él para deslindarse de responsabilidad, ni lo conminó a perpetrar o participar del robo, a lo que suman que el menor ya se encontraba inmerso en otros robos y no fue determinado. Citan jurisprudencia en abono de su postura y, como consecuencia de los defectos señalados, piden que se anule parcialmente la decisión atacada con reenvío para el dictado de una nueva pena, o bien se case la sentencia y se resuelva disminuir la sanción.

3. Recurso de casación a favor de M.A.M.: La Defensa sostiene que la sentencia incurre en arbitrariedad por una errónea valoración de las pruebas. Destaca que su pupilo alegó haber actuado coaccionado por Zapata, pero el fallo no confronta esta versión exculpatoria y declara su responsabilidad penal. Critica la ponderación de otros expedientes en trámite y afirma que un correcto análisis de la declaración de Mansilla, confrontada con la prueba que reseña, permite sostener sin duda que actuó en estado de necesidad exculpante, conforme prevé el art. 34 inc. 2° segunda parte del Código Penal. Agrega: ¿Las actitudes agresivas lo eran delante de Zapata quien llevaba la voz cantante en el hecho es decir ordenaba y lo dirigía, pero cuando este se retiraba de la escena Mansilla adoptaba otra actitud, al punto de confesarle a las víctimas que era obligado a ello y hasta facilitar su huida, basta al efecto detenerse en los dichos de Eser Morales?. Lo mismo sostiene respecto de los dichos de Amanda del Rosario Gallegos. Considera también que su confesión debe ser valorada en relación con su edad al momento de los hechos y las constancias del incidente de disposición, con el fin de determinar su real posibilidad de autodeterminación frente a la autoridad de su tío José Zapata, quien le daba el trabajo con el cual mantenía a su joven esposa y su pequeña hija, ante la amenaza concreta de atentar contra sus vidas en caso de resistencia a las órdenes impartidas. Agrega que no hay prueba alguna que permita sostener que su defendido haya tenido la oportunidad de actuar de otra manera frente a un sujeto agresivo, armado y que disparó contra una víctima reducida y dócil, innecesaria y salvajemente. Por lo expuesto, solicita la nulidad de la sentencia por falta de fundamentación o, en caso de ingresar al fondo de la cuestión, pide que se case lo dispuesto y se considere que Mansilla actuó en un estado de necesidad exculpante.

4. Dictamen de la señora Defensora General en representación de José Antonio Zapata: 4.1. Escrito de fs. 666/668: La doctora María Rita Custet Llambí refiere los agravios y entiende que asiste razón al recurrente en cuanto la sentencia no da fundamentos suficientes para la imposición de pena según las pautas del art. 41 del Código Penal, en tanto hace una referencia genérica a los parámetros del artículo citado, sin individualizar la pena al caso concreto. Considera que corresponde la aplicación de la doctrina de este Cuerpo fijada en autos ¿Muñoz? (STJRNS2 Se. 179/14), por la cual se ha establecido que no procede la aplicación automática de la agravante prevista en art. 41 quater de la ley sustantiva (tal como sostiene el fallo recurrido en esta instancia), sino que debe estarse a la comprobación de las siguientes circunstancias: que haya habido voluntad del adulto de procurar descargar su responsabilidad en el menor de edad, o bien que haya inducido o ejercido influencia sobre este para que delinquiera junto al mayor. Agrega que en el caso estas circunstancias no han sido imputadas respetando el principio de congruencia ni han sido descartadas por el Tribunal de juicio ni por el acusador, quienes han sostenido la voluntad autodeterminada de Mansilla. Para el caso de que no se hiciera lugar a la exclusión de la agravante del art. 41 quater, expresa que la sumatoria de esta agravante con el delito ya calificado por el art. 166 inc. 2 del Código Penal determina una escala desproporcionada, en virtud de que la sumatoria de ambas calificantes (uso de arma de fuego que comprende la calificación del inc. 1 del artículo en cuestión y el agravante del 41 quater) resulta irrazonable, y por ende inconstitucional, por cuanto el resultado

concreto es que para este delito se impondría un mínimo superior al delito de homicidio. Por último, sostiene en los términos del art. 21 inc. d) de la Ley K 4199 el recurso de casación oportunamente interpuesto y pide que se le haga lugar, se deje sin efecto la resolución impugnada y se imponga el mínimo penal previsto.

4.2. Alegato en la audiencia: La señora Defensora General hace una reseña de los agravios y agrega fundamentos, sobre la pena impuesta, el modo concursal de las agravantes y la imposición de aquella vinculada con la intervención o aprovechamiento de un menor. Cita doctrina legal en torno del art. 41 quater del Código Penal y alega que ambos fueron coautores de los hechos, que Mansilla no fue amenazado o coaccionado y que hubo un plan conjunto. En tal sentido, insiste en que no hubo utilización del menor, pues este fue responsable de sus hechos. Menciona asimismo la inconstitucionalidad en la suma de las agravantes, genéricas o especiales, así como la pena impuesta en relación con la solicitada por el Ministerio Público Fiscal. Aduce que la pena tiene consideraciones generales y que la sentencia debe ser anulada por su arbitrariedad. Finalmente, plantea que la sanción debe ser disminuida excluyendo la agravante del art. 41 quater del código de fondo, tomando en cuenta el derecho penal mínimo y la razonabilidad.

5. Dictamen de la señora Defensora General subrogante en representación de M.A.M.: 5.1. Escrito de fs. 673/678: La doctora Marta Gloria Ghianni entiende que asiste razón a la recurrente dado que la sentencia no da fundamentos suficientes para la declaración de responsabilidad de M. en el hecho imputado, y refiere la declaración de este último. En relación con los dichos de los testigos-víctimas, dice que tanto la señora Gallegos como el señor Morales fueron contestes en la actuación y las palabras de M.A.M. al momento del hecho. Recuerda que ambos sostuvieron que el joven en un momento les preguntó si eran evangélicos, y comenzaron a conversar, notaron que entonces la voz del muchacho cambió, pudiendo ellos observar que le había dado vergüenza; que agregaron que les avisó que a la señora le iba a dejar desatada las manos para que se pudiera soltar y que, cuando escucharan que ellos se iban (Zapata y el joven), que cruzaran la ruta rápido porque Zapata era capaz de volver y matarlos agregando ¿es un asesino? y lo obligaba a hacer ese trabajo amenazándolo con que iba a matar a su señora. Aduce que la versión de las víctimas se distancia de lo alegado por el imputado Zapata, quien negó haber obligado al joven M. a cometer el hecho. También menciona las circunstancias de vida del menor, quien tenía dieciséis años al momento del hecho, sin un vínculo familiar estable, con un entorno vulnerable, desorganizado y sin roles definidos; ¿... en definitiva un grupo familiar signado por el abandono y la pobreza...?. Añade una circunstancia que definitivamente marca el desarrollo afectivo e intelectual del joven, quien a los trece años debió abandonar su hogar e integrarse al mundo de los adultos, en un entorno hostil y solitario. Señala que la lectura de los informes sociales permite vislumbrar la vida de M.A.M. como algo casi normal, pero definitivamente no lo fue; un niño solo, ni siquiera en el umbral de la adolescencia, cuya autodeterminación es interrumpida en su libre albedrío por la presión y las amenazas de seres adultos e inescrupulosos. Expresa que ya en el primer informe psicológico se presentaba a M.M. con trastornos de personalidad inmadura y conductas primitivas y disociales, y se advertía que mantiene un equilibrio precario con gran vulnerabilidad social. Por eso, continúa, M. no tuvo capacidad de autodeterminación ni fuerza para enfrentar a la autoridad de su tío José Zapata, quien mediante ayuda económica, prestada a aquel, a su hija pequeña y su pareja, lo coaccionó mediante amenazas concretas a él y a su entorno para cometer el hecho. Considera que la conducta de M.A.M. queda inmersa en la figura del art. 34 inc. 2º segunda parte del Código Penal, denominada ¿estado de necesidad exculpante?, que requiere que el mal evitado sea grave, aunque no sea necesaria la comparación entre el bien lesionado y el bien salvado, toda vez que la razón de la ausencia de pena no reside en la preponderancia de un bien sobre otro, sino -y esencialmente- en la reducción de libertad con la que obra el individuo en la situación concreta. Añade que esta reducción de libertad limita el ámbito de autodeterminación del sujeto en un nivel en el que el derecho ya no le exige un comportamiento conforme a derecho. Insiste en que M.A.M. obró bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente, como la pérdida de su esposa o la muerte de su hijita, único lazo de afecto verdadero para su joven asistido, y que no hay prueba que avale una postura diferente. Refiere que, si bien su capacidad intelectual le permitía discernir que ese no era el camino correcto, primó el miedo frente a las amenazas de muerte hacia sus seres queridos y se impuso la idea superadora del valor vida como bien inestimable. Entiende así que se han vulnerado pruebas sustantivas y los principios constitucionales del debido proceso, lo que permite utilizar la vía casatoria por la arbitrariedad y absurdidad en las que se incurrió al momento de dictar la sentencia. Por último, sostiene en los términos del art. 21 inc. d) de la Ley K 4199 el recurso de casación oportunamente interpuesto por la señora Defensora.

5.2. Alegato en la audiencia: En oportunidad del debate, la doctora Ghianni hace una reseña de los hechos, señala la prueba favorable a su postura y crítica que se haya merituado la coautoría de su pupilo en las mismas condiciones intelectuales que el imputado mayor. Refiere dichas condiciones, en cuanto a su autodeterminación e influenciabilidad, y alude al vínculo entre ambos, por ser tío y sobrino. Argumenta que el menor dijo haber estado amenazado y que sus palabras no se tomaron en cuenta. Sostiene que tales dichos deben vincularse con los de los testigos víctima, en cuanto a las coacciones sufridas por M. Entiende que los hechos demuestran que casi hubo un desistimiento, y que esto no fue valorado en el fallo. Añade que M. actuó bajo un estado de necesidad exculpante, que no participó en el diseño del hecho y que su desarrollo intelectual no es el mismo que el del adulto. Por todo ello, pide su absolución.

6. Intervención de la señora

Defensora de Menores doctora Rodríguez: La funcionaria adhiere a los dichos de la Defensora General subrogante. Además, refiere el incidente de disposición y la ineficacia del órgano proteccional. Afirma que el Estado no intervino ni hubo prevención, y considera que no debería haber declaración de responsabilidad ni punición. Señala que del informe actual surge que el causante no intentó fugarse y que sigue con su educación, lo que demuestra que antes no tuvo posibilidad de autodeterminación. 7. Dictamen del señor Fiscal General: El titular del Ministerio Público Fiscal responde en primer lugar los planteos relacionados con Zapata y estima que los agravios no logran refutar los argumentos de la sentencia. Así, expresa que el juzgador ha dado respuestas sobre la inconstitucionalidad de la pena, las que reseña, y entiende que estas no son refutadas. Con respecto a la imposibilidad de aplicar el art. 41 quater del Código Penal, señala los diferentes fallos del Superior Tribunal de Justicia en relación con las mayorías que se conformaron, y alega que la última interpretación no respeta el texto de la ley, que no requiere ningún elemento subjetivo especial. También cita fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en torno a la interpretación de la ley e insiste en la aplicación de la agravante, por lo que afirma que la interpretación de la Defensa debe ser rechazada. Se opone además al agravio relativo a la irrazonabilidad de la pena respecto del pedido del Ministerio Público Fiscal y manifiesta que el Tribunal, en ejercicio de sus funciones, aplicó la sanción que entendía correcta, sin excederse de lo solicitado. En este orden de ideas, considera aplicable el precedente ?Gramajo? en cuanto a la proporcionalidad de la pena, y dice que, en el caso, está justificada. Por lo expuesto, entiende que corresponde rechazar los agravios en torno a Zapata. Respecto del recurso a favor de M., indica la prueba del expediente y las confesiones brindadas por los imputados, y recuerda que el Tribunal negó la existencia de coacciones al menor, las que no se encuentran probadas, sino solo alegadas. Plantea que, aun si existieran los dichos del tío, estos no serían constitutivos de la causal de exculpación pretendida, pues esta debe ser acreditada. Reconoce que es cierto que las víctimas hablaron de una actitud más benévola del joven, pero esto debe ser comparado con la actuación del mayor. A ello añade que otra prueba de cargo acredita lo contrario en cuanto al menor, por caso, sus contactos telefónicos con un tercer integrante de la banda, lo que da cuenta del trato de iguales que se dispensaban. De lo anterior infiere que no había sumisión de uno a los designios del otro. Alude además a que el investigador policial Guzmán investigó hechos similares y concluyó que a partir de diversos elementos se desprende que este no fue el primer hecho, sino que hubo otros más graves, cuya serie demuestra que no es el caso que uno de ellos haya actuado compelido por el otro.

Por las razones desarrolladas, solicita el rechazo del agravio y, por ende, de los recursos de casación deducidos por la Defensa, con la consecuente confirmación de la sentencia impugnada. 6. Hecho reprochado: El a quo tuvo por acreditados los hechos descriptos en la requisitoria de elevación a juicio del siguiente modo: ?Ocurrido en fecha 20 de febrero de 2012, en horario comprendido entre las 02:00 hs y 04:45 horas, en circunstancias en que la Sra. Amanda del Rosario Gallegos y su esposo Eser Morales se desplazaban en su vehículo marca Peugeot Partner, dominio ... por la Ruta 151 con destino a la provincia de Mendoza cuando, entre los km. 18 y 19 en cercanías de la ciudad de Cinco Saltos (RN), se ven obligados a detener su marcha sobre la banquina en virtud del daño que sufrieran las ruedas delanteras del vehículo, ocasionado por la presencia de clavos denominados ?miguelitos? sobre la cinta asfáltica, que previamente y con ese fin, colocaran José Antonio Zapata y el menor M.A.M. -de 16 años al momento del hecho-. Así, al descender las víctimas del rodado y, encontrándose la Sra. Gallegos en la parte trasera del vehículo, es abordada por los nombrados, tomándola M. por detrás amedrentándola con un cuchillo que colocó sobre su cuello y casi de inmediato Zapata efectuó un disparo con un arma de fuego que impactó en el rostro de Morales, causándole edema cerebral que compromete el hemisferio cerebral derecho y fractura de hueso cigomático izquierdo. Inmediatamente después los incusos hicieron ascender al automóvil a ambos ofendidos y los trasladaron a un descampado que se halla en cercanías del lugar a la vera de la mencionada ruta, donde los obligaron a descender, los ataron de manos y pies y los colocaron boca abajo, a la vez que los amenazaban con el arma diciéndoles que no hicieran nada o los matarían. En esas circunstancias -y con la colaboración de un tercer sujeto aún no identificado que arribó a la escena a bordo de otro rodado cuyas características se desconocen- los imputados se apoderaron ilegítimamente de elementos varios que se encontraban en el interior del vehículo, a saber: 01 monedero color negro; una correa con hebilla; 01 tarjeta de crédito Naranja; 01 tarjeta de crédito Naranja Visa; 02 DNI a nombre de los damnificados; 01 tarjeta de débito del Banco Patagonia; 01 tarjeta de Obra social OSDE; pesos ... (\$...), discriminados en billetes de \$...; 01 sobre de plástico conteniendo pesos ... (\$...) en su interior; 01 bolso de viaje mediano; 01 crema sin marca; 03 toallones; 04 toallas; 01 caja de cartón; 03 pantalones de dama; 01 jeans; 03 pantalones cortos de dama; 02 juegos de sábanas de dos plazas; 01 bolso de viaje; 02 pantalones de vestir de hombre; 03 camisas de hombre; 02 pares de zapatos; ropa interior; 03 corbatas; 01 suéter de hilo; 01 stéreo musical ? Sony? ; documentación del vehículo Peugeot Partner dominio ...; 01 olla Essen; 01 fuente de acero inoxidable; 01 set de dos tablas para cortar carne; 01 juego de cuchillos Tramontina; 02 repasadores floreados; 01 cartera de cuero color gris; 01 monedero chico con \$...; 03 pares de anteojos recetados; 02 teléfonos celulares LG con tapa, uno perteneciente a la Compañía CLARO abonado ... y otro a MOVISTAR abonado ...; 01 anafe rojo con tapa negra; 01 termo de plástico color crema; 01 pava de acero inoxidable mediana; 02 juegos de cubrecama de dos plazas; 01 cubrecama Palette amarillo; 02 mantas de polar; 01 caja metálica de herramientas marca

Bahco; 01 críquet botella grande; 01 conservadora grande de 36 litros color verde con tapa blanca; y dinero en efectivo por la suma \$... que en su poder tenía Morales, entre otros?. En esa oportunidad se calificaron los hechos como robo agravado por la lesión grave sufrida por una de las víctimas, por el uso de arma de fuego apta para producir disparos y por la participación de un menor de edad, en concurso real con privación ilegítima de la libertad calificada por haberse cometido con violencia (arts. 166 incs. 1º y 2º primer supuesto segundo párrafo y 142 inc. 1º primer supuesto en función del art. 41 quater y 55 C.P.), respecto de Zapata, y robo agravado por la lesión grave sufrida por una de las víctima, por el uso de arma de fuego apta para producir disparos, en concurso real con privación ilegítima de la libertad calificada por haberse cometido con violencia (arts. 166 incs. 1º y 2º primer supuesto segundo párrafo y 142 inc. 1º primer supuesto en función del art. 55 C.P.), en relación con M.

7. Análisis del recurso de casación a favor de José Antonio Zapata: 7.1. Corresponde analizar en primer lugar el agravio referido a que la conducta de Zapata no reúne los requisitos típicos de la agravante genérica del art. 41 quater del Código Penal, con fundamento en la ausencia de utilización del menor para ocultar su designio, de conminación a perpetrar o participar del robo, de intentar ponerse en mejor situación que la del menor y/o de haberse escudado en él para deslindarse de responsabilidad. Conocida es la doctrina en la que sustenta su petición el recurrente, y que -además- fue seguida por las doctoras Liliana Piccinini y Adriana Zaratiegui, junto con los doctores Jorge Bustamante y Carlos Reussi en carácter de subrogantes, en el precedente STJRNS2 Se. 179/14 ?Muñoz?. Dable es destacar que en esa sentencia voté en disidencia en lo que respecta a la agravante contemplada en el art. 41 quater, por lo que me remito a los fundamentos expuestos en el citado precedente, como también lo hice en el fallo STJRNS2 Se. 83/15 ?Sánchez?. En este sentido, entiendo que la claridad y el sentido semántico de la norma no exigen que la persona mayor de edad se haya valido del menor para delinquir, ni que lo haya inducido, engañado o amenazado, o que se haya aprovechado de él. Tampoco considero que sea 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 y porque la supuesta intención del legislador, que no se ve reflejada en el texto de la norma, no puede transformarse en derecho positivo. En definitiva, para la aplicación del art. 41 quater del Código Penal resulta suficiente que el menor haya intervenido en alguna de las formas previstas como punibles por las reglas del Título VII de su Libro Primero. Estos argumentos son relevantes para demostrar que resulta enteramente aplicable al caso de autos la agravante genérica en cuestión. 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 recurrente (edad de los imputados, vínculo entre ellos), han sido acreditadas las exigencias objetivas de la agravante contemplada en el artículo en cuestión; es decir, en autos se ha demostrado que un menor de edad -que entonces tenía dieciséis años- ha intervenido, en carácter de autor, en un hecho (robo agravado por la lesión grave sufrida por una de las víctimas y por el uso de un arma de fuego) cometido con la participación (también en carácter de autor) de un mayor de edad (Zapata, quien en ese momento tenía treinta y tres años). Destaco, a todo evento, que no se ha alegado el desconocimiento, por parte del mayor, de la minoridad de M., más allá de que ello resultaría inverosímil, teniendo en consideración el vínculo cercano y la relación que los unía. De lo expuesto surge que el a quo ha aplicado la agravante cuestionada en consonancia con el criterio que entiendo ajustado a derecho y los argumentos de la Defensa resultan insuficientes para modificar los fundamentos que la sustentan (ver sentencia de condena a fs. 591), los que comparto plenamente.

7.2. Por otra parte, los señores Defensores se agravan diciendo que el fallo nada dice sobre la forma en que concursan las agravantes de los incs. 1 y 2 del art. 166 y del art. 41 quater del Código Penal, y solicitan que se disponga el concurso en forma ideal, desechando el concurso real pretendido por el señor Fiscal de Cámara en los alegatos del debate. Es cierto que la sentencia no refiere forma concursal alguna respecto de las agravantes referidas y por las que se condenó a Zapata, pero esa decisión se ajusta a derecho en un todo de acuerdo con la doctrina sostenida por este Cuerpo. Así, se tiene dicho ?que si en un mismo caso se presentan de manera simultánea dos o más circunstancias agravantes, la pena no se agrava por ello, éstas no concurren entre sí conforme a las reglas del concurso de delitos, sino que, antes bien, el hecho se califica según la circunstancia de agravación preponderante, en tanto que la totalidad de las restantes son tenidas en cuenta en la medición judicial de la pena, conforme a los artículos 40 y 41 del Código Penal [?] (cf. STJRNS2 Se. 155/09 ?Murguiondo?, 68/11 ?Vera?; 214/11 ?Gerez Dervez?, 251/11 ?Campos? y 72/12). En igual sentido, Marco Antonio Terragni ha dicho: ?Concurrencia de varias agravantes. ¿Cuál es la situación en la hipótesis de concurrencia de varias agravantes? En el caso de que la conducta encuadre en más de una agravante, no podrá entenderse que hay concurrencia entre ellas, sino que debe imperar la figura preponderante, aquélla que contiene más elementos de especialidad. Fundamentalmente, si una de las previsiones atiende a la protección de varios intereses, como en el caso de la agravante de robo en poblado y en banda, esa circunstancia calificativa queda desplazada por la del uso de armas, ya que el art. 166.2 contempla no sólo el bien jurídico de la propiedad, sino también el de la integridad física del sujeto pasivo y el incremento de la intimidación? (Derecho Penal. Parte General, Cap. 17, disponible en <http://www.terragnijurista.com.ar/derecho/cap17.htm>). En función de lo expuesto, el a quo resolvió el punto conforme a derecho y, además, el recurrente no ha demostrado perjuicio concreto puesto que, en definitiva,

pretende la aplicación de la escala penal prevista en el art. 166 inc. 2º segundo párrafo del Código Penal (en razón de que el principio de absorción consagrado por el art. 54 del código de fondo -para los casos de concurso ideal- alude a la aplicación de la pena mayor), que no es otra que la escala penal más grave. 7.3. Por último, los señores Defensores aducen irrazonabilidad del monto de la pena en virtud de que el principio acusatorio impide al Tribunal imponer más pena que la pedida por la Fiscalía. Argumentan que tal principio se vio afectado en el caso porque el Ministerio Público Fiscal solicitó diez años de prisión en función de haber acusado por los delitos de robo agravado en concurso real con el privación ilegítima de la libertad y que, por su parte, la Cámara condenó por igual quantum punitivo, pero desechando la última figura mencionada. El agravio carece de chances de prosperar pues el planteo ya ha sido resuelto por este Cuerpo en el precedente STJRNS2 Se. 50/14 ?Canales? (a la cual me remito en su mayor extensión), donde se dijo que, ?una vez sostenida la acusación y solicitada condena, impulso e iniciativa que está en manos de la Fiscalía y la querrela, por la que se excita la jurisdicción, queda el sentenciante con las facultades propias que el código de fondo (arts. 40 y 41) y de rito han reservado al tribunal de mérito: resolver -entre otras- las cuestiones de la ? calificación legal que corresponda? y la ? sanción aplicable? (art. 374 C.P.P.), con la autorización expresa de poder dar al hecho una calificación jurídica distinta aunque deba aplicar penas más graves (art. 377). [...] Este Cuerpo tiene dicho que la interpretación planteada por la parte recurrente significa una restricción indebida del principio iura novit curia y desconoce que los arts. 40 y 41 del código de fondo establecen pautas mensurativas para fijar el quantum de la pena que deben imponer los Tribunales (Se. 72/12 STJRNSP). [...] Tal como lo expone Julio B. J. Maier (Derecho Procesal Penal. Parte General, II. ? Sujetos procesales? , Ed. Del Puerto, 2003, págs. 69/70), citando a Vasalli (La potestad punitiva), el detentador del poder penal del Estado es el Tribunal, y nos recuerda ? ? que el poder penal pertenece, en primer lugar, a los tribunales; es, dicho en idioma vulgar, cosa propia de ellos? Es por ello que, a contrario de lo que sucede en materia de Derecho privado y aun en Derecho público, el tribunal penal no resulta estrictamente vinculado a lo propuesto por un actor extraño a él y puede, en la sentencia, mirar al objeto procesal desde puntos de vista jurídicos distintos a los sostenidos durante el procedimiento (tal el supuesto de nuestro. art. 377 del CPP), observar ciertas exigencias formales para no sorprender a la defensa del imputado (vgr.: respeto del principio de congruencia en los hechos reprochados) y, «medir la pena según crea que corresponde, incluso sobre el límite solicitado por el ministerio público fiscal»? ?. Por otro lado, la pretendida irrazonabilidad de la pena impuesta por ausencia de proporcionalidad que refiere la parte desatiende la fundamentación del sentenciante en el sentido de que no se puede ?soslayar que la comparación que efectúa la defensa entre el robo con arma de fuego agravado [...] y el homicidio es inapropiada, ya que debe realizarla con el delito de homicidio cometido [? con similar agravante]. De dicha comparación se desprende que no hay agravio de irrazonabilidad en los mínimos? (fs. 595). Por último, en cuanto al agravio según el cual la pena no se fundó adecuadamente en los arts. 40 y 41 del Código Penal, dable es señalar que los recurrentes omiten desarrollar argumentos sobre tal aspecto pues, en los cuatro renglones donde se afirma tal situación (fs. 635 vta.), no se advierte una refutación de la fundamentación del sentenciante. No obstante ello, y atendiendo a la escala penal en abstracto (que va de seis años y ocho meses a veinte años de prisión -conf. art. 166 inc. 2º segundo párrafo C.P.-) en función de la pena discernida (diez años de prisión) y la doctrina legal que rige el caso (STJRNS2 Se. 94/14 ?Brione?), no se advierte perjuicio alguno para la parte recurrente en la fijación del quantum punitivo de condena. En este sentido, en el precedente citado se dijo que debe ?tenerse presente que en la tarea de individualización y determinación de la pena, la enumeración de circunstancias objetivas y subjetivas contenidas en la ley de fondo (arts. 40 y 41 C.P.) constituyen parámetros de ponderación a los fines de cuantificar el monto de la pena. Así, frente a la conminación de la escala del minimum y el maximum, esto es, frente a los topes mensurativos, el magistrado debe partir de un punto central (equidistante de ambos extremos) y a partir de allí correrse de un lado a otro motivado por los diferentes aspectos que la normativa le señala, sea para agravar, sea para atenuar la individualización de la sanción a imponer?. Surge así evidente que los casacionistas carecen de perjuicio concreto y actual sobre la cuestión, en virtud de que partiendo del punto equidistante de trece años y ocho meses de prisión y considerando las agravantes y atenuantes del caso (fs. 596), necesariamente se concluye que la pena impuesta es beneficiosa para el imputado. 8. Análisis del recurso de casación a favor de M.A.M.: La Defensa admite los hechos reprochados, pero plantea que el accionar de su pupilo obedeció a las amenazas coactivas que le dirigió José Antonio Zapata. Concretamente, sostiene que M. actuó en el estado de necesidad exculpante del art. 34 inc. 2º segunda parte del código de fondo. El planteo es una reiteración de lo alegado en el debate oral y que recibió tratamiento del a quo de modo contrario a lo pretendido. En lo pertinente, el juzgador meritúa que la manera de conducirse del menor ?? en la consumación del hecho, no resulta con el propio de una persona que actúa por obligación, porque no le queda otra posibilidad. Es su afirmación, pero no tiene en qué sustentarse, ni siquiera sabía de ello su mujer, M. sostuvo que tenía miedo que algo le pasara a ella y su hijo, pero no aportó ni él ni su Defensa prueba de entidad que lo avale. Es cierto que tuvo un gesto de piedad hacia sus víctimas, y así lo expresaron Morales y su esposa en el juicio, pero en definitiva esto no quita todo lo que sucedió minutos antes. Así que junto a su tío Zapata, emboscaron a los damnificados, arrojaron miguelitos sobre la ruta [...]? (fs. 589). Sigue diciendo el a quo que M. no fue

un testigo involuntario de lo hecho por Zapata, sino que ?acompañó la acción tomándola con fuerza a la mujer (Amanda Gallegos) y le apoyó con firmeza un cuchillo en el cuello para inmovilizarla. Luego de ello en una clara división de tareas, Zapata se puso al mando de la Peugeot Partner de Morales, y en la parte trasera M. mantuvo el control del matrimonio apuntándolos con un cuchillo. Se alejaron de allí unos trescientos metros hacia un sector en que pudieran ? trabajar? con cierta tranquilidad, ataron a las víctimas, las hicieron poner boca abajo sobre la tierra, les taparon las cabezas, y continuaron las agresiones físicas con patadas al ya herido Morales exigiéndole la entrega de dinero. Reitero, M. no fue un convidado de piedra [...] Su gesto de humanidad si se quiere, no borra lo anterior [...] A ello sumo la ausencia de una explicación razonable del propio imputado quien al ser interrogado sobre este punto por el Tribunal no quiso dar detalles ni respuestas concretas en uso de su derecho de guardar silencio. No hay prueba de que Zapata haya coaccionado a M. a cometer este delito, lo que además fue negado enfáticamente por el primero? (fs. 589/590). El estado de necesidad exculpante tiene como fundamento una notoria reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto según el contexto en que actúa, lo que neutraliza el reproche. Tiene como requisitos la existencia de un peligro para el bien jurídico que se quiere salvar; asimismo, el mal debe ser grave, inminente y actual. Presupone, ?... al igual que el justificante, la necesidad de la conducta para apartar el peligro del mal amenazado. Teniendo el sujeto la posibilidad de realizar otra conducta no lesiva (o de menor contenido injusto), y siendo exigible ésta, queda descartada la necesidad exculpante. La necesidad de la conducta implica el requerimiento de que la misma sea objetivamente idónea y adecuada, puesto que la conducta necesaria para apartar el peligro no puede ser tal si le faltan los requisitos de idoneidad y adecuación para salvar el bien? (por todo lo expresado respecto al estado de necesidad exculpante, ver Zaffaroni, Alagia y Slokar, Derecho Penal, págs. 744 y ss.). Entonces, a la luz de tales premisas fáctico-jurídicas, el agravio no puede prosperar. En efecto, se trata de la ponderación de los fundamentos expuestos por el juzgador, que radican en el mérito de lo actuado por el menor en el propio hecho que sostiene la acusación, donde ha advertido un actuar libre, cada uno ejerciendo su rol en una evidente división de tareas, siendo esto en principio contrario al estado de necesidad alegado. Podría argumentarse que esto no implica por sí negar la existencia de coacciones -en el sentido de verse obligado a desarrollar la conducta delictiva en una aparente libertad ante el anuncio de un mal futuro para su pareja y su hija por parte de su tío, con quien trabajaba ya desde hacía un tiempo-, pero de ninguna forma se advierte que la gravedad, la inminencia y la actualidad del supuesto mal amenazante solo podrían haberse evitado mediante la participación (en el carácter de autor) en el robo calificado reprochado. Así es que, en la hipótesis formulada por la Defensa, la lesión del derecho ajeno analizada en el sub lite no puede ser interpretada como el único medio disponible, o el menos gravoso, para neutralizar la situación que se alega. Por otra parte, no hay prueba que acredite este alegato y, además, se opone a las propias manifestaciones del imputado (ver acta de fs. 3 del incidente de disposición) y a la referencia de su pareja que dice desconocer tal aserto (fs. 589), sumado a lo que resulta del incidente de disposición del menor -cuya valoración solicita la recurrente-, que da cuenta no solo de la violencia con que este sometía a sus hermanas, sino a la propia expareja que dice defender (véanse fs. 31 y 33). La valoración de esta serie de circunstancias genera la presunción lógica de que tal coacción no ha existido, razonamiento este que no puede ser desvirtuado por el comportamiento ?más humano? del imputado ante la indicación gravosa de Zapata respecto de las víctimas, o sus manifestaciones en cuanto al motivo de su conducta. De tal modo, se observa la corrección de la sentencia en cuanto a la determinación certera de la culpabilidad del imputado, a lo que sumo que la Defensa no presenta una crítica concreta y razonada de lo decidido. **ASÍ VOTO.** A la misma cuestión los señores Jueces doctores Enrique J. Mansilla y Sergio M. Barotto dijeron: Adherimos al criterio sustentado por el vocal preopinante y **VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.** A la misma cuestión la señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijo: 1. Adhiero al criterio del distinguido vocal que encabeza el Acuerdo. Sin embargo, considero apropiado, oportuno y obligado efectuar algunas consideraciones en lo que respecta a puntuales aspectos que se desprenden de los agravios de los recurrentes. 1.1. La cuestionada aplicación del art. 41 quater del Código Penal: En este aspecto, la Defensa considera arbitraria la sentencia por entender que la agravante en cuestión no era de aplicación al caso. Citó el temperamento adoptado por la mayoría de este Cuerpo en el precedente STJRNS2 Se. 179/14 ?Muñoz?. Estimo pertinente referirme a ello, no ya porque entienda que le asiste razón a la recurrente en este caso. Ciertamente, tal como adelanté, el agravio no puede ser atendido, justamente por aplicación de la tarea interpretativa de la norma que expuse en el precedente que la Defensa invoca. La cuestión del confronto de precedentes (STJRNS2 Se. 286/10 ?Muñoz, Luciano? y 179/14 ?Muñoz, Diego Gabriel?, en la cual el señor Juez doctor Ricardo Aparcian integró la minoría, y su remisión en el fallo STJRNS2 Se. 83/15 ?Sánchez?) radica en el método de interpretación que, en vista de la mayoría aquí ya expuesta, continúa enmarcado en la adhesión a la interpretación semántica de la obra legislativa, en tanto, a mi criterio, no es merced a tal método como corresponde sea interpretada la ley frente al caso concreto. Por un lado, entonces, la sola comprobación de la ?intervención de un menor de edad? tal y como surge de la letra y, por otro, la adecuación de ese dato fáctico al caso concreto atendiendo a la ratio legis. Al referirme a la doctrina de este Tribunal sentada en STJRNS2 Se. 286/10, y que fue solo conmovida por la circunstancial mayoría en el precedente STJRNS2 Se. 179/14, expresé: ?? 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 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 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 cimerio 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). ¿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 exvocal 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?, 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 (STJRS2 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? ?. Tal lo expuesto en el voto al que vengo aludiendo y al que me remitiré, en honor a la brevedad, en todo aquello que incluye el propósito de bucear en los fundamentos expresados por el creador de la norma, abordando la tarea merced a la cual pueda conocerse el contexto general y los fines; en concreto, la inteligencia y su razonabilidad, y a resultados de lo cual concluí que 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). 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 pernicioso influencia. La influencia o determinación que el mayor 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 exvocal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, se trataría de ?un incremento ipso facto?. Bien, hasta aquí lo que pueda ser traído en cita de lo ponderado y propiciado en el voto de mi autoría en el fallo STJRNS2 Se. 179/14, a lo que agregaré que el aferrarse a la interpretación gramatical o semántica (exégesis) es lo que propiciaban Beccaría y Montesquieu, el primero negando a los jueces penales la facultad de interpretar las leyes, por la razón de que no son legisladores; el segundo afirmando que es conforme a la naturaleza del gobierno republicano la imposición de que los jueces se atengan a la letra de la ley, no debiendo interpretarla. Negaban así la tarea de conocimiento que consiste en captar el sentido de la ley con vistas a su aplicación en el caso concreto, lo cual no se satisface con una mera subsunción mecánica ni se ejecuta como puro silogismo. Si para mayor claridad se requiere, lo expuesto en la Sentencia 179/14 puede resumirse en tres conceptos: a) La interpretación gramatical de las leyes coloca a los magistrados en la tarea de mero aplicador, quitándole la función interpretativa y hasta integradora que la justicia del caso merece. La tarea del juez se vería frustrada si solo se limitara a la aplicación gramatical de la ley y no le estuviera permitido -aun ante un texto claro- examinar el sentido y alcance racional de la fórmula, el fin que el legislador eligió (ratio legis) y las circunstancias que originaron la aparición del precepto (ocasio legis). Todo ello a un mismo tiempo. Lo gramatical es válido, pero a la vez debe ser lógico, porque la ley, norma o regla se expresa a través del lenguaje que es el conducto por el cual se manifiesta algo a la razón humana. Por tanto, no solo es permitido indagar si esa manifestación expresa un concepto que puede ser lógicamente admitido, sino que además es labor obligada. b) La agravación del marco punitivo ante la conducta del adulto que delinque con intervención de un menor de dieciocho años de edad obtiene racionalidad cuando dicha intervención (coautoría, participación primaria o secundaria del niño o del joven) obedece a la utilización, la inducción, el aprovechamiento de su inmadurez o su vulnerabilidad por parte del adulto. c) Ello constituye una cuestión fáctica y como tal debe surgir de lo obrado. Por consiguiente, la agravación de la punición en orden al art. 41 quater en el caso y respecto de Zapata, interpretando la norma tal como lo he propiciado, se corresponde con la ratio legis, en tanto Zapata resulta ser un adulto que- además de su vínculo parental- fue quien aprovechó el estado de vulnerabilidad de su sobrino, corrompiendo su conducta y arrastrándolo por la senda del delito. En el caso, la afirmación precedente surge probada sin mayor esfuerzo. Así, del incidente de disposición que corre adunado por cuerda, fácilmente se extrae que el joven, a la escasa edad de trece años se separó del grupo familiar (padre, madre, hermanos). Su núcleo de origen, signado por la violencia, el desamparo, los abusos intrafamiliares, mereció el abordaje del Juzgado de Familia, con magros o casi nulos resultados. Desde esa edad, el preadolescente 12. no solo tenía pareja, sino que luego fue padre, y su círculo de relación se restringía al contacto con su tío (Zapata), con quien ?trabajaba?, de quien en definitiva dependía y respecto del que no puede desconocerse su ascendencia e influencia. Estas circunstancias permiten colegir que ese adulto aprovechó dicho desamparo, el desapego de los progenitores, la inexistencia de referentes, la necesidad e inmadurez; para inducirlo a asociarse e intervenir en sus empresas delictivas. Es en este caso en el que se acredita, sin ambages, que la intervención del menor lo ha sido merced a tal aprovechamiento. Cuestión distinta y asaz alejada de la que recibió tratamiento en el precedente STJRNS2 Se. 179/14 ?Muñoz?, donde se merituyó la intervención de dos jóvenes -en calidad de pares- con escasa diferencia de edad (meses) que marcaban la calidad de adulto en uno y de menor de edad punible el otro. Es en virtud de lo hasta aquí expuesto y considerado que habré de adherir al rechazo del agravio de la Defensa, como propone el vocal ponente, pero por mis propios fundamentos. 1.2. La cuestión del concurso de agravantes: La cuestión planteada se relaciona con la calificación legal que corresponde dar a los hechos a partir de la relación que se plantea entre agravantes genéricas (previstas en la parte general) y específicas (previstas en la parte especial) que concurren en relación con el delito de robo. La calificante del art. 41 quater del Código Penal marca un agravamiento del quantum punitivo en las figuras de la parte especial que contemplan hechos típicos cometidos con la intervención de menores de edad. En cada especie o típico de la parte especial que se perpetre con la intervención de menores de edad, entonces, se configurará

una figura calificada especial agravada, esto es, las circunstancias mencionadas en la agravante genérica del art. 41 quater del código constituyen una parte de la figura calificada junto con las contenidas en el enunciado legal del delito respectivo de la parte especial al que se integra. Al momento de subsumir los hechos, poco importa que la agravante se encuentre en la parte general pues, partiendo de la figura básica, se construyen las calificadas, y en el sub examine todas las circunstancias agravantes (específicas de los incs. 1 y 2 del art. 166 y general del 41 quater) configuran una figura calificada. Ciertamente es que en el fallo no se explicita la naturaleza del concurso y ello es así porque en claro se tiene que no han existido varios hechos independientes?, de modo que no se estaría ante un concurso real, tampoco frente a un hecho que cae bajo más de una sanción penal?, sino de un hecho rodeado de circunstancias que agravan o califican el reproche y provocan un incremento en la escala punitiva. De tal modo, lo no explicitado por el sentenciante deja en claro, tal como refiere el Juez del primer voto, que las circunstancias que califican y agravan el reproche no concurren entre ellas, ni real ni idealmente, sino que prevalece la de mayor preponderancia o especialidad. Por ello, el incremento de la escala punitiva (un tercio del minimum y maximum) se ve aplicado una sola vez, justamente porque ese monto de pena corresponde a la agravante de mayor preponderancia o especialidad (inc. 2º segundo párrafo del art. 166 C.P. -utilización de arma de fuego-). Todo ello sin perjuicio de que las restantes circunstancias que confluyeron para tener por calificado el robo (arts. 166 inc. 1º y 41 quater C.P.) sean tenidas en cuenta junto a los parámetros objetivos (naturaleza de la acción, extensión del daño y del peligro causado) y subjetivos (calidad de las personas, circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión, condiciones y vínculos personales) para la ponderación de los arts. 40 y 41, que permiten individualizar el monto de la pena que corresponde aplicar. Como podrá advertir el recurrente, no se trata del mismo temperamento que adopta el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en autos "Bringas" (Se. 117/13), que con fundamentos que se respetan pero no se comparten, establece que corresponde subsumir la conducta como robo calificado (166 inc. 2º primer supuesto) en concurso ideal con robo agravado (arts. 164 y 41 quater). Destaco -además- que el fallo alude a un robo calificado por uso de arma impropia e intervención de un menor de edad. Como antes expuse, las figuras básicas (robo art. 164-) se prevén como figuras calificadas o agravadas en orden a las distintas circunstancias que el legislador consideró específicas (arts. 166 y 167 C.P.), pero también dispuso que esos mismos típicos- junto a otros de la parte especial, tanto los básicos como los calificados- se vieran agravados cuando en su perpetración interviniera un menor de edad. En este último caso, se obtiene una figura calificada especial agravada, que se integra con las circunstancias agravantes específicas (arma impropia, despoblado, banda, arma de fuego, lesiones graves o gravísimas en el caso del art. 166 y despoblado, banda y poblado, efracción, o las circunstancias del art. 163, en el 13. supuesto del art. 167). Y en estos hechos típicos y antijurídicos no podríamos expedirnos diciendo que cuando se perpetran configurando más de una de esas circunstancias (v.gr., lesiones graves y utilización de arma de fuego) se estaría ante un mismo hecho que cae bajo más de una sanción, sino ante un único hecho cometido con varias circunstancias que lo califican y -por ende- lo distinguen de la figura básica, ocurriendo lo mismo con la agravante del art. 41 quater, aun cuando esta se encuentre sistemáticamente dispuesta en la parte general, puesto que está definida para todo delito. Disociar el encuadre del hecho (robo calificado) para subsumir el mismo hecho en la figura básica (robo simple) -que ya estaba contenida, por consiguiente, desplazada por el típico calificado- para luego agravarla en función del art. 41 quater para concursar idealmente no se ofrece sino con alguna confusión entre el concurso ideal y el concurso aparente de leyes y tampoco presenta, para el sub examine, utilidad práctica, ni evidencia beneficio alguno para la Defensa. Nótese que, en ambos casos (concurso ideal o aplicación de la circunstancia agravante de mayor preponderancia y especialidad), la solución confluye en la aplicación de la sanción mayor.

1.3. Pena superior a la solicitada por el Fiscal. La irrazonabilidad del monto de la pena. La individualización de la pena: En punto a este agravio corresponde advertir que, según surge de fs. 564, el representante del Ministerio Público Fiscal solicitó la pena de diez (10) años de prisión, accesorias legales y costas. Luego, el sentenciante condenó a diez (10) años de prisión, accesorias legales y costas. De tal modo, no solamente es incorrecta la afirmación de estar ante una condena que ha superado el monto de la sanción solicitada por el acusador, sino que también es inadecuada la jurisprudencia que cita. Corresponde hacer notar que en "Mostaccio", la Corte Suprema de Justicia de la Nación revalidó la doctrina ya expresada en "Tarifeño", "García", "Cattonar" y "Cáseres", dejando de lado la doctrina "Marcilese", y de ello en claro se tiene que sin acusación no podrá haber sentencia condenatoria o, lo que es lo mismo, ante el retiro de la acusación la absolución se impone. Mas no surge, como pretende el señor Defensor recurrente, que ante la acusación y el pedido de pena del fiscal, el sentenciante se encuentre vinculado con el monto de la pena solicitada o la calificación de los hechos formulada. Para mayor ilustración sobre el tema es recomendable la lectura de la opinión del Procurador Fiscal ante la Corte Suprema ("Zig, Daniel Fernando s/recurso de casación". CSJ 6/2014 -50-Z-/CSI), que breve y parcialmente transcribo: "En efecto, la Corte tiene decidido desde antiguo que en orden a la justicia penal, el deber de los magistrados, cualquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa, o las calificaciones que ellos mismos hayan formulado con carácter provisional, consiste en precisar las figuras delictivas que Juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, sin más limitación que la de restringir el pronunciamiento a los hechos que constituyeron materia de juicio

(Fallos: 186:297; 242:227; 315:2969 y 319:2959) y que, satisfecha esta exigencia, no existe afectación alguna de los preceptos constitucionales mencionados precedentemente (Fallos: 310:2094 y sus citas)?.

[?] La aplicación del principio iura novit curia reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ? Fermín Ramírez contra Guatemala? sentencia del 20 de junio de 2005, Serie C, nO 126, § 74 con especial consideración de casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (vg. ? Dallos contra Hungría, 29082/95, 2002, §47?) que, hasta incluso ha avalado la adopción de una circunstancia agravante en una instancia superior, cuando el acusado pudo preverla (? De Salvador Torres contra España, 21.525/93, 1996, §32 ss.? y ? Drassich contra Italia, 25575/04, 2007, §37 ss.?).

?En forma coincidente el 15 de agosto de 2007, en la causa Ministerio Público Procuración General de la Nación ? Zig , Daniel Fernando s/recurso de casación? CSJ 6/2014 (50-Z)/CSI. ? Acosta, Orlando Daniel s/causa n° 5019? , a cuyos fundamentos, en lo pertinente, me remito en beneficio de la brevedad. Allí se concluyó, que no existía impedimento constitucional a que se imponga una pena mayor a la requerida siempre que, como fue ampliamente desarrollado en el apartado VII, exista una adecuada correlación entre el hecho que fue objeto de acusación y el que fue considerado en la sentencia, pues el juez tiene la facultad, dentro de ese límite fáctico, de modificar la sanción requerida por el órgano acusador (Fallos: 237:190 y 312:540, entre otros)?.

En lo demás, tal como ha expuesto el señor Juez que encabeza el Acuerdo, rige para el caso lo ya declarado por este Cuerpo en el fallo STJRNS2 Se. 50/14 ?Canales?. Así también, en torno a la ausencia de proporcionalidad de la pena, respecto de lo cual ha recibido respuesta adecuada por parte del sentenciante, al puntualizar que la Defensa se desentiende de la pena que cabe aplicar a un homicidio calificado con similar agravante.

La tarea de individualización de la pena impuesta luce acorde a los parámetros que informan los arts. 40 y 41, tal como tiene dicho este Cuerpo en el precedente STJRNS2 Se. 94/14 ?Brione?, se muestra respetuosa del principio de culpabilidad y reseña los datos objetivos y subjetivos que la ley fonal le proporciona para determinar el quantum al que ha arribado.

1.4. Las amenazas coactivas de Zapata hacia el joven M.A.M.: En lo que respecta al agravio traído por la Defensa del joven M.A.M., coincido con el temperamento denegatorio, puesto que el estado de necesidad exculpante fincado en el miedo de que un mal grave e inminente le ocurriera a su mujer o a su hijo no solo se encuentra huérfano de prueba, sino que además no se compadece con su historia de vida.

En punto a ello corresponde que aclare, para evitar posibles desinterpretaciones, aquella historia de vida que hizo que un niño de solo trece años decidiera irse del hogar paterno, formar pareja y tener un hijo, que, para los fines de este análisis, lo presenta con determinación para desprenderse -a muy temprana edad- de aquello que lo atormentaba, con lo cual se diluye el alegado temor hacia su tío, de quien también -con igual determinación- podría haberse desligado; sin que se excluya, por tal motivo, la utilización y el aprovechamiento de la vulnerabilidad del niño que el adulto ejerció durante esa etapa de su evolución y crecimiento.

El estado de necesidad exculpante, o estado de necesidad ?inculpante? como lo denomina Eugenio Zaffaroni, según alega la Defensa, se basa en el supuesto de estar ante coacción propia, que comprende la amenaza ilegítima proveniente de acto humano. En doctrina existe consenso respecto de que el art. 34 inc. 2° in fine establece una causal de inculpabilidad, que tiene su razón de ser en la reducción de libertad que tiene el sujeto que actúa, frente a la amenaza de sufrir un mal grave, entendido este como una pérdida significativa de un bien jurídico. Esa pérdida significativa, en los supuestos de estado de necesidad justificante, puede ser ponderada objetivamente, dado que es el orden jurídico el que define qué bienes jurídicos valen más que otros. En el estado exculpante, sin perjuicio de que también rige la ponderación objetiva, puede suceder que el sujeto perciba y sufra como ?grave? aquello que para otros no lo es tanto y que, por tal razón, su libertad se encuentre afectada. Por consiguiente, a la hora de evaluar la culpabilidad de quien, en razón de su edad, tiene un grado de autodeterminación diferente del adulto, es tarea del Juez -si no se han dado los elementos configurantes de la inculpabilidad en su totalidad, como en el caso- el merituar la culpabilidad en un nivel mínimo (arts. 41 C.P. y 4° Ley 22278).

Para esos fines la Defensa deberá reclamar, en la eventualidad de imposición de pena, que esta sea individualizada teniendo en cuenta el principio de culpabilidad disminuida (CSJN en ?Maldonado?).

MI VOTO.

A la misma cuestión la señora Jueza doctora Adriana C. Zaratiegui dijo: Atento a la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).

A la segunda cuestión el señor Juez doctor Enrique J. Mansilla dijo: Por los motivos desarrollados al tratar la primera cuestión, propongo al Acuerdo rechazar los recursos de casación interpuestos por los señores Defensores Penales Titular y Adjunto doctores Juan Pablo Piombo y Marcelo L. Caraballo en representación de José Antonio Zapata, y por la doctora Verónica Rodríguez a favor de M.A.M. ASÍ VOTO.

A la misma cuestión los señores Jueces doctores Enrique J. Mansilla y Sergio M. Barotto dijeron: Adherimos a la solución propuesta por el vocal preopinante y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

A la misma cuestión la señora Jueza doctora Liliana L. Piccinini dijo: Adhiero a la solución propuesta por el vocal ponente, por los fundamentos que vertí al tratar la primera cuestión. MI VOTO.

A la misma cuestión la señora Jueza doctora Adriana C. Zaratiegui dijo: Atento a la coincidencia manifestada por los señores Jueces que me preceden en orden de votación, ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).

Por ello, EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA RESUELVE: Primero: Rechazar los recursos de casación interpuestos por los señores Defensores Penales Titular y Adjunto

doctores Juan Pablo Piombo y Marcelo L. Caraballo en representación de José Antonio Zapata, y por la entonces señora Defensora Penal doctora Verónica Rodríguez a favor de M.A.M., y confirmar la Sentencia definitiva N° 20/14 de la Cámara Segunda en lo Criminal de Cipolletti. Segundo: Registrar, notificar y oportunamente devolver los autos.

Firmantes: APCARIAN -
MANSILLA - BAROTTO - PICCININI (por sus fundamentos) - ZARATIEGUI (en abstención) ARIZCUREN Secretario
STJ 005426E