

En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los diecisiete días del mes de abril de dos mil quince, se constituye en la Sala de Audiencias de la Excma. Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, el Tribunal integrado por los Dres. **Martín Roberto MONTENOVO**, en su carácter de Presidente, **Guillermo Alberto MÜLLER** y **Daniel Luis María PINTOS**, Jueces de Cámara, a efectos de dictar sentencia, luego de desarrollada la audiencia a tenor del art. 385 del CPP, en el marco del **Legajo de Investigación Fiscal n° 6815, Carpeta individual n° 1307**, caratulada: **“A., M. A. y otros s/ p.s.a. Homicidio en riña doblemente agravado por ser cometido con arma de fuego y con la participación de un menor de edad en concurso real con lesiones en riña”** de la Oficina Judicial de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, en la que tuvieron debida participación el Sr. Fiscal General Herminio González Meneses, el Sr. Abogado Adjunto de la Defensoría Pública **G. A. Oyarzún** (R. N. P., P. L. S. y M. Á. A.), el Sr. Defensor público **M. Á. Moyano** (E. L.) y el Sr. Asesor de Familia e Incapaces -Defensor Jefe-, **Tomás Esteban M.** y el imputado **E. L.**; y

-----**CONSIDERANDO:**-----

Que los días 26 de marzo y primero del corriente mes y año se celebró la audiencia oral y pública a tenor del art. 385 del CPP, presidida por el Dr. Martín Roberto Montenovo, en la que se produjo la fundamentación de las impugnaciones presentada por las Defensas técnicas de E. L., R. N. P., M. Á. A. y P. L. S., como así también se emitió la parte dispositiva de la sentencia, por lo que corresponde dar respuesta fundada a la

cuestión que fue objeto del recurso y como lo ordena el art. 331 del mismo Cuerpo Legal (al que remite el art. 385, 5º párrafo, CPP).-

Encontrándose el caso en estado de dictar sentencia, el Tribunal fija las siguientes cuestiones ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de E. L., contra la sentencia de declaración de responsabilidad? ¿Debe admitirse la impugnación interpuesta por la Defensa de R. N. P., M. Á. A. y P. L. S., contra la resolución de fecha 20 de noviembre de 2014, que rechaza la aplicación de la Suspensión de Juicio a Prueba?, y en ambos casos, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

Cumplido el proceso deliberativo (art. 329, al que remite el art. 385, 5º pár., CPP), se estableció el siguiente orden de votación: en primer término el Dr. Martín Roberto Montenovo, en segundo lugar el Dr. Guillermo Alberto Müller y finalmente el Dr. Daniel Luis María Pintos.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

I.- Conforme la Acusación Pública, dos hipótesis fácticas se propusieron como base del Juicio Oral que culminó con el dictado de la Sentencia nro. 1100/014, hoy en crisis.

En primer término, el Ministerio Fiscal describió que en fecha 4 de Marzo de 2014, a las 3:30 hs. aproximadamente, en las afueras del local comercial “R. de A. I” ubicado en calle A. nro. XXX de la ciudad de Sarmiento, se produjo una agresión mediante golpes de puño y arma blanca hacia G. y H. Ñ., resultando este último con lesiones R. P. de carácter leve como consecuencia de ello, por parte de M. Á. A., E. L., P. S. y dos individuos más que no pudieron ser identificados. Previamente, todos ellos,

víctimas y victimarios, habían estado dentro del local, suscitándose allí un altercado, del que no se tuvo mayores detalles, que derivó en la trifulca posterior.

Luego de la pelea, G. Ñ. se dirigió hacia la Avenida S. M. siendo perseguido por, en principio, dos de los agresores originales, los que en el trayecto, a la altura de la Rotisería “A. c.”, situada en calles R. y U., intentaron apoderarse de pertenencias de un par de transeúntes, valiéndose de un arma de fuego, luego de lo cual, y ya reunidos con los otros cuatro sujetos del conjunto primigenio, continuaron en la persecución de G. Ñ., el cual fue en definitiva hallado recostado contra una pared, a la altura catastral 386 de la calle U., con una herida de bala que le interesó un pulmón y el corazón, falleciendo allí mismo.

Para esta versión, principal de los sucesos, el Acusador Público propuso como calificación legal, respecto de A., S. y P., la coautoría de Homicidio en agresión, agravado por el uso de arma de fuego y participación de un menor, en concurso real con Lesiones Leves, también en agresión (arts. 95, 96, 41 bis, quater, 55 y 45 del CP), al igual que en cuanto a L., excepto la agravante del art. 41 quater, por ser él el menor.

La versión alternativa de los hechos, no implicó modificaciones en cuanto al primer tramo, la agresión ocurrida fuera del Bar, pero sí respecto del deceso de G. Ñ., el cual se atribuyó a la acción de L., de dispararle con un arma de fuego. Por ende, se lo consideró autor de Homicidio simple, agravado por el medio empleado, en concurso real con Lesiones Leves en agresión, esto último en lo referente a aquel primer

segmento fáctico ocurrido en perjuicio de H. Ñ.. En cuanto a sus consortes, se los desligó del resultado muerte, y no de las Lesiones en agresión, dos hechos en concurso real, uno por cada víctima, ambos agravados por la participación de un menor de edad. Allí, en el libelo acusatorio, se efectuó una estimación de pena, de siete años de prisión para los imputados mayores de edad, en el supuesto de la hipótesis principal propuesta para los hechos, y de cuatro meses de prisión respecto de la descripción alternativa. En ambos casos, se solicitó la internación de L. en el COSE de la ciudad de Trelew, en el cual ya se encontraba de manera preventiva desde la audiencia de control de detención y apertura de investigación, llevada a cabo en fecha 6/3/014.

En la Audiencia Preliminar, llevada a cabo en fecha 15/10/014, las Defensas de A., S. y P., desde el concepto consistente en que el Ministerio Fiscal había fracasado en la acreditación de su hipótesis principal respecto de los hechos, impetraron, en orden al deceso de G. Ñ., el sobreseimiento de los mismos, y la elevación a juicio del caso en cuanto a ellos, solo por el delito de Lesiones Leves.

El Acusador Público rechazó la petición, reservándose la posibilidad de optar por una versión de los hechos u otra, hasta el momento de los alegatos finales del Debate. El Magistrado rechazó el planteo de las Defensas, habilitó la instancia del Juicio Oral en idénticos términos que lo peticionó el Fiscal, e hizo cesar la prisión preventiva que pesaba sobre A. y P. desde la Audiencia de Control de Detención, no así en cuanto a S..

Entre los días 18 y 20/11/014 se llevó a cabo el Juicio Oral. Allí, en los alegatos iniciales, el Fiscal mantuvo las hipótesis, tanto

principal como alternativa sobre los sucesos. Pero, ya en el tiempo de las exposiciones finales, consideró que lo que quedó acreditado por la prueba rendida fue el hecho “alternativo”, por lo que atribuyó el deceso de G. Ñ. solo al menor L., y a su respecto peticionó la declaración de responsabilidad penal, y su incorporación a un tratamiento tutelar en el COSE hasta cumplir el lapso de un año.

Las Defensas de los mayores de edad, ante el cambio de postura del Fiscal, solicitaron en orden a ellos, incluso de S., detenido preventivamente en la Pcia. de Jujuy a disposición de la Justicia de dicho Estado y también del Chubut, la aplicación del Instituto de la Suspensión del Juicio a Prueba, proponiendo las modalidades del mismo. El Tribunal, por mayoría y en función de la extemporaneidad del pedimento, lo rechazó.

Luego, los Defensores realizaron sus alegatos finales. Cabe resaltar que el letrado que ejerció la Defensa de L. no impetró invalidación alguna del Debate.

Sin perjuicio de que hemos de mencionar los fundamentos del Tribunal de Juicio al analizar el fondo de la cuestión, procede a esta altura resaltar que declaró a L. autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego, en concurso real con Lesiones Leves en agresión, y rechazó el tratamiento tutelar propuesto por el Acusador Público, el que no había sido objetado por el Ministerio Pupilar, ordenando la realización de una información sumaria en los términos del art. 8 de la Ley 22278, y la celebración de Audiencia para decidir sobre la necesidad de imponer pena al menor ni bien este deje de

serlo.

Respecto de A., P. y S., los declaró autores responsables de Lesiones Leves en agresión, agravado por la participación de un menor de edad, y les impuso una condena de sesenta días de prisión, de cumplimiento condicional los dos primeros, y efectivo, el segundo.

La Defensa de los mayores de edad, ejercida íntegramente en esta instancia por el Dr. Oyarzún, cuestionó la denegatoria de la “probation” incoada, endilgó a la irregular postura procesal del Acusador Público la pérdida de la posibilidad temporal de impetrar el pedimento, y asignó al Tribunal A-quo, en la decisión mayoritaria, haber consagrado, de los posibles, el criterio jurídico más perjudicial para los encartados. Destacó la disidencia del Dr. Castro, afín a sus pretensiones.

El Dr. Moyano, asistente técnico del menor, dedujo la nulidad del Debate por inobservancia del art. 409 del CPPCh., en lo referente a las normas sobre publicidad del proceso cuando de menores se trata, las que a su entender no se respetaron, lo que afectó, desde un aspecto emotivo, sus reales posibilidades de defensa en Juicio. Sobre el fondo del asunto, consideró que no existió prueba directa idónea para atribuir la muerte de Ñ. a su pupilo, y que la conclusión del Tribunal de responsabilizarlo, se basó en indicios, los que solo apreciados de manera arbitraria pudieron llegar a constituir la base de la decisión tomada.

El Ministerio Fiscal contestó ambas impugnaciones por escrito, y se basó en la argumentación de la mayoría del Tribunal sobre la extemporaneidad del pedido, y en la ausencia de reserva de plantearlo

oportunamente por las Defensas, para oponerse al recurso, y por ende, a la Suspensión de Juicio a Prueba articulada. En cuanto al menor, en lo esencial, remitió al razonamiento de los Jueces de Juicio sobre los hechos probados, y la construcción indiciaria, la que juzgó completamente alejada de la arbitrariedad.

En la Audiencia del art. 385 del CPPCh., las partes reiteraron sus argumentos, aunque concurrió el Ministerio Pupilar, el que con basamento en precedentes de este Tribunal, cuestionó la decisión del A-quo de ordenar la realización de la información sumaria del art. 8 de la Ley 22278, peticionado la determinación de un tratamiento tutelar por el término de un año, a pesar de ya haber llegado a la mayoría de edad, sobre la base de que el hecho ocurrió cuando este era menor punible.

II.- Por una cuestión metodológica, procede en primer término referirse a la pretensión de la Defensa de L. de la invalidación del Debate por no haberse respetado las normas de publicidad del mismo cuando de menores punibles se trata (art. 409 inc. 1) del CPPCh.), y las posibilidades de resistir la imputación que se le efectuaba que ello habría generado.

Precisamente, así expresada, la petición ha carecido de anclaje en las constancias de autos. Conforme el dispositivo invocado, si bien en la Audiencia Preliminar el Juez encargado no efectuó la consulta prevista en la norma referida al menor, en cuanto a su voluntad en orden a la publicidad o no del Juicio Oral, tampoco su asistencia letrada se expidió al respecto.

Ya en Debate, no se hizo referencia al tema. Y la cuestión

ha sido invocada en esta instancia, mencionándose que la “publicidad” del Juicio restó chances de defensa, aunque no se identificaron cuales fueron, concretamente en que consistieron esas chances obturadas.

Toda nulidad requiere perjuicio. No toda irregularidad procesal deriva necesariamente en una invalidación. Y el vicio que no se denuncia en la etapa indicada, se convalida, excepto que estemos en presencia de alteraciones graves al concepto básico de “Juicio previo”. Parecen principios que se desprenden de lo normado por los arts. 161/164 del rito, y no son más que una de las consecuencias de la naturaleza del sistema procesal vigente, que no fomenta ese tipo de declaraciones, sino más bien, las restringe.

Es sabido que es un objetivo de difícil cumplimiento mantener reserva sobre los datos de un caso, de allí la privacidad del Debate, disposición que, entre otras finalidades, busca proteger al menor, evitar su estigmatización, cuando la información que se transmite a los medios masivos de comunicación, desde múltiples vías relacionadas directa o indirectamente al sistema judicial penal, contiene desde el instante posterior a ocurrido un hecho delictivo, varios de los datos que luego se pretenderán reservar.

Pero la norma invocada existe. Si bien el desarrollo del proceso fue irregular en cuanto al punto, no se aprecia ni el perjuicio concreto causado por tal irregularidad, y han transcurrido etapas sin una actividad defensiva tendiente a denunciarla o subsanarla, por lo cual los presupuestos de la declaración incoada por el esforzado letrado no se

configuran, lo que amerita su rechazo.

III.- Ha existido un criterio llamativo del Acusador al proponer las hipótesis fácticas, principal y alternativa, sobre las que giró el Juicio Oral.

Si lo que se pretendía era atribuir responsabilidad penal al autor del resultado más lesivo de los verificados, el deceso violento de G. Ñ., debió partirse por privilegiar la descripción del suceso que contuviera la identificación del mismo, ya sea que tal identificación proviniera de prueba directa o indiciaria, para luego, proponer, en su defecto, para el caso que dicha individualización no pudiera ser acreditada en Debate, la opción subsidiaria, consistente en la indicación de un grupo de personas, entre las que se encontraría tal autor material, no obstante la orfandad probatoria impedía determinar cual de esos sujetos había culminado con la vida de la víctima.

Como surge de la reseña precedente, aquí el planteo fue exactamente inverso.

Ello, a la luz de las exigencias del art. 291 del CPPCh., quizás no redundaba en invalidación alguna (cabe aquí reiterar los conceptos vertidos en la cuestión anterior), que por otra parte ninguna de las partes petitionó en esta etapa respecto de la pieza acusatoria, sino que operaba en beneficio de aquellos imputados a favor de quienes fue solicitado el sobreseimiento en la Audiencia Preliminar, rechazado allí, y luego de caer la hipótesis principal propiciada por el Ministerio Público, en el Debate, en los alegatos finales, se petitionó la aplicación de la Suspensión del Juicio a

Prueba, también rechazada, por mayoría, por los Jueces del Tribunal, con el argumento de la extemporaneidad del pedido (art. 49 primer párrafo CPPCh.).

Concretamente, solo la inadecuada inversión de las hipótesis fácticas a la cual aludiéramos, provocó que la principal consistiera en la indeterminación del autor material del deceso de Ñ., y la atribución del mismo a todos los acusados, con una doble agravación, por el uso de un arma de fuego y la intervención de un menor de dieciocho años (arts. 41 bis y quater del CP), lo cual llevaba el mínimo de la escala del Homicidio en agresión (art. 95 del CP.), a un monto, en abstracto, superior a los tres años, con ello impedía la imposición de una condena en suspenso, tanto como la operatividad de la “probation”.

Pero, como veremos seguidamente, prosperó, y correctamente, la descripción alternativa de los sucesos, en la cual había un autor material del Homicidio al cual se podía llegar mediante indicios emergentes de la prueba de cargo, era precisamente el menor L., estaba acompañado al momento del disparo letal por S., al que no se le atribuyó ecuación alguna de coautoría o participación en cuanto a ello, y no por los restantes imputados, los que se hallaban en otro sitio en ese instante, el del disparo mortal.

Ese relato, debió haber sido la tesis principal y prevalente del Acusador Público, pues en ella se proponía un aspecto de la verdad real de lo sucedido, último cometido del proceso penal, de tanta trascendencia como la identidad del autor de la muerte de G. Ñ..

Luego, debió ser postulada, en su caso, la hipótesis alternativa, que partía de la base de no lograr satisfacer ese aspecto de la aludida verdad real, poniendo en cabeza de todos los imputados el resultado muerte, por la circunstancia de no haber logrado determinar cual de ellos fue el sujeto activo del Homicidio simple. Aunque, como veremos y ya adelantamos, la interpretación del plexo realizada por el A-quo llevó a poner en el momento del disparo letal solo a una persona acompañando al menor, en virtud de lo que la viabilidad, a priori, de la hipótesis fáctica principal de la Acusación era, al menos, discutible.

Es que, de acuerdo a la hermenéutica del rito vigente, el Acusador Público desarrolla la etapa preparatoria, incorpora evidencias, se entrevista con personas que algo puedan aportar sobre un hecho, analiza todo ello, y en su consecuencia, formula el libelo acusatorio.

Aquí, como veremos, las cámaras de seguridad y lo declarado por los testigos, si bien no presenciales, transeúntes de recorrido próximo al sitio del deceso de la víctima, fue determinante tanto para arribar a la conclusión que quién había disparado el arma había sido L., como que en ese momento estaba acompañado por una sola persona.

Entonces, si toda la información referida fue incorporada en la mentada etapa preparatoria, la hipótesis principal de la Acusación no debió existir, o al menos, revestir la categoría de subsidiaria, para explicar la muerte de la víctima fatal.

Y como ella se convirtió en el único vallado para la consideración de la “probation”, respecto de todos los imputados que no

fueran el menor, excepto S., como abordaremos luego, ya que el suceso remanente, la conjunción del art. 96 del CP., inherente a las Lesiones Leves sufridas por H. Ñ., aún en conjunto con el art. 41 quater, permitía una condena condicional, y aquella, la hipótesis principal de la Acusación, fue resistida de diversas formas, y en distintas instancias, por las Defensas, el análisis de dicho modo alternativo de solución del conflicto jamás perdió virtualidad, ni podía objetársele un defecto de extemporaneidad en la solicitud.

Por ello, hemos coincidido, en consonancia con el criterio disidente del Tribunal de Juicio, que la condena de A. y P. debe caer, reenviándose la cuestión a la Oficina judicial de Sarmiento para que, por intermedio de un Magistrado que no haya intervenido hasta el momento, pues los que lo hicieron ya han opinado sobre el punto (art. 77 2) CPPCh.), se ventile la incidencia requerida por la Defensa (art. 76 bis y ssgts del CP.).

Para finalizar el tema, resultan los antecedentes condenatorios de S. los que lo separan de sus consortes aludidos en cuanto al punto, los que impiden equiparar a ellos su situación, y así, que también caiga lo resuelto a su respecto.

En virtud de ello, se impone analizar someramente su participación en el suceso que culminó con las lesiones sufridas por H. Ñ..

Este relató que al regresar junto a su hoy difunto hermano al Bar, rápidamente hubo de salir nuevamente al exterior en función de un enfrentamiento que comenzó a generarse dentro, con el grupo de A., S., P., L. y un par de personas más.

Una vez fuera, A. aplicó un golpe de puño a su hermano, luego de lo cual se generó la agresión colectiva a consecuencia de la que recibió un corte con arma blanca, en la zona de su nariz, que conforme las constancias médicas incorporadas, le generó un tiempo de curación de diez días, y de inhabilitación para laborar de siete. No obstante, no pudo determinar el autor de las Lesiones, aunque sí, que todos la emprendieron contra su humanidad.

Ello fue corroborado por los testigos presenciales C. y M., el primero de los cuales incluso observó a G. Ñ. salir corriendo, y a L., S. y A. ir detrás, aunque, como veremos, este último posteriormente tomó otro camino.

Por todo ello, el pronunciamiento respecto de su responsabilidad penal, la de S., como coautor de Lesiones Leves en agresión (art. 96 del CP), se encuentra justificado en los extremos aludidos.

La anexión a ello de la agravante del art. 41 quater del catálogo represivo, sobre la que tenemos postura (Sentencia nro. 29/14), no ha de merecer análisis en virtud que respecto de tal decisión no hubo críticas por parte de la Defensa.

IV.- En lo referente al deceso violento de G. Ñ., considero que la lógica del A-quo no puede reprocharse.

Los Jueces valoraron los testimonios de los jóvenes N. y A., quienes observaron a dos personas persiguiendo a la víctima, quien se alejaba, en un último tramo de la secuencia, con una mancha hemática en la espalda, cansado, agitado y rengueando; previo, percibieron el estruendo de

un disparo de arma de fuego; y posteriormente, fueron abordados por esas dos personas que perseguían a Ñ., una de las cuales, la que vestía un buzo y gorra blancos, también jeans (la otra llevaba ropas oscuras), extrajo un arma de fuego calibre 22 de su espalda y les solicitó la entrega de los celulares, y al ver que no poseían objetos de valor, les permitió continuar su marcha.

N. incluso, en rueda de personas, y de manera impropia en el Debate, adjudicó el rol de esgrimir el arma indicada a L. Lo que coincidió con la secuencia captada por la Cámara de Seguridad de la Agencia de Turismo Britapaja, de la que se desprendió que luego del abordaje a los testigos referidos, las dos personas que perseguían a la víctima continuaron corriendo, el que vestía ropas claras volvió a colocar el arma entre sus ropas, y fueron alcanzados por otros sujetos, entre ellos A..

La autopsia, expresiones del forense e informe balístico determinaron que el deceso de Ñ. ocurrió como consecuencia de un disparo de arma de fuego calibre 22 largo, proyectil que ingresó por la espalda de su humanidad, interesó corazón y pulmón, produciendo un shock hipovolémico.

Como se ve, los elementos de convicción valorados demostraban que en el día, sitio y lugar indicados por la Acusación, E. L. portaba un arma de fuego compatible con el proyectil que ingresó en el cuerpo del occiso, que lo estaba persiguiendo junto a otra persona, todo como consecuencia del originario enfrentamiento en las afueras del Bar “R. de A. I”, y que en el marco de tal persecución se produjo el disparo a la postre mortal.

Ahora bien, del tramo del evento sobre el que no hubo

prueba directa fue respecto del instante en el cual se accionó el arma, y, sobre todo, la identidad del tirador. Allí focalizó el esforzado Defensor de L. su crítica, recibiendo la respuesta del Tribunal en base a la prueba indiciaria, en resumidas cuentas, utilizando el argumento consistente en que sí existieron pruebas coincidentes en que el joven en diversos momentos de una saga temporal, extrajo, esgrimió y guardó entre sus ropas un arma de fuego compatible con el proyectil letal para Ñ., y si dentro de tal saga se produjo el disparo mortal, no pudo haber sido otra persona mas que él la que lo hizo.

La pluralidad, seriedad y concordancia del plexo rendido en derredor del momento culminante para la vida de la víctima, permitían proyectar su alcance más allá de lo que directamente acreditaba, teniendo a L. como el autor material de la muerte de Ñ.

Hemos abogado reiteradamente por una utilización racional de la prueba indiciaria (Sentencia nro. 35/14 entre otras), y este caso representa una manera de dicha utilización.

Por ello, la declaración de responsabilidad penal de E. L. en orden al art. 79 del CP., como autor de la muerte de la víctima, no merece reparos, ya que además de lo expuesto, el disparo, luego de una persecución sostenida, dirigido a zonas vitales de un cuerpo humano verificaba la concurrencia de, al menos, un dolo de naturaleza eventual, que la figura indicada admite.

En cuanto a la agravante del art. 41 bis del CP., que también formó parte de l pronunciamiento en crisis, tengo postura asumida,

pero no habiendo sido materia de agravio, no corresponde expedirse al respecto.

V.- A E. L. también se lo declaró responsable por las Lesiones Leves en agresión sufridas por H. Ñ.

No obstante, de haber cometido el hecho mencionado, lo hizo a la edad de 17 años, por lo cual, tratándose el art. 96 del CP: de una figura cuya escala penal en su vértice superior no supera los dos años de prisión, desde el comienzo resultaba una ecuación de no punibilidad, en función del art. 1 de la Ley 22278.

Debido a ello, se impone revocar la Sentencia en cuanto al punto y disponer el sobreseimiento del menor respecto del hecho referenciado (art. 285 inc. 4to CPPCh.).

En lo atinente al tratamiento tutelar, comparto la interpretación y petición del Sr. Asesor de Menores, el cual ha invocado precedentes de este Tribunal enunciativos de un criterio en cuanto al punto que en lo personal mantengo (Sentencias nros. 19/11, 4 y 20/14, entre otras).

Si bien L. ha cumplido dieciocho años ya, ha cometido el hecho por el cual en definitiva hemos de confirmar su responsabilidad a los diecisiete. También cabe agregar que ha sido alojado en el Centro de Orientación Socioeducativo (COSE), durante un período, en el transcurso de la etapa preparatoria.

El régimen penal de la minoridad requiere en su art. 4 que, luego de declarada la culpabilidad, y previo a decidir la necesidad de imponer sanción a un menor, debe realizarse un tratamiento tutelar, a lo que

coadyuva nuestra Ley adjetiva (arts. 405 tercer párrafo, 411, 409 inc 3) CPPCh.).

Ello aquí no ha ocurrido, y menos aún se han evaluado suficientemente las conclusiones del régimen impuesto en la etapa anterior al Debate, como para determinar la innecesariedad de articular medidas tendientes, de ser acatadas por el joven, a evitar la imposición de una pena, en definitiva la télesis de todo el complejo normativo que deriva de la Convención de los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 CN.).

L. ha cometido el hecho siendo menor, y sin perjuicio que en el transcurso del proceso adquirió la mayoría de edad, ello se debió al desajuste generado por el régimen que estamos analizando conjugado con la vigencia de la Ley 26579, que adelantó la indicada mayoría de edad a los dieciocho años.

Claramente no existe margen temporal para la franja etaria que delinque entre los dieciséis y los dieciocho años para recibir un tratamiento tutelar, que es un derecho establecido en aras de dejar la imposición de una pena como última medida para los adolescentes culpables de un delito, que debe durar, como mínimo, un año, si hemos de interpretar que, ipso iure, al superar la minoridad, automáticamente decae dicho derecho, y se recurre a la herramienta de una breve información sumaria (art. 8 de la Ley 22278), manifiestamente contraria a la interpretación que asigna a los derechos aludidos mayor alcance, y que colisiona con las disposiciones del rito, sí en sintonía con el instrumento internacional mencionado.

En definitiva, L. tiene derecho a realizar un tratamiento

tutelar que le permita adquirir nociones de convivencia que lo alejen de la pena, pues fue culpable siendo menor, y en nada modifica ello que haya ya cumplido la mayoría de edad.

Entonces, corresponde revocar la Sentencia en cuanto al punto y remitir las actuaciones a la Oficina judicial de Sarmiento para que por intermedio de otro Tribunal, pues el que actuó hasta aquí ya se ha expedido (art. 77 inc. 2) CPPCh.), se fije Audiencia para discutir las modalidades de dicho régimen. Así voto.-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

I.- En honor a la brevedad me remito íntegramente a la reseña expuesta por el Dr. Montenovo, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en esta etapa del proceso y que deben ser analizados en este decisorio.-

1.- Por una cuestión de orden metodológico debe tratarse inicialmente el primer agravio planteado por el Sr. Defensor Público, Dr. M. Á. Moyano quien asiste a E. L. por su implicancia para con todo el proceso, ya que de prosperar llevaría a la nulidad del juicio.-

Entiende el impugnante que en el caso no se observaron las normas que rigen el procedimiento penal de menores, y que ello implica una afectación a los principios de legalidad y especialidad debiendo declararse la nulidad del juicio oral y público llevada a cabo en contra de su asistido; puntualmente denuncia que fue sometido arbitrariamente a debate oral y público, soslayándose su derecho a ser oído en cuanto permitirle expresar su voluntad de que el acto se realice a puertas cerradas, lo que

determinó que L. concurriera al juicio con una carga emotiva que le impidió, por temor a represalias personales y familiares, señalar las conductas realizadas por los coimputados, que luego se canalizaron en su contra resultando de aplicación los arts. 46 de la Constitución Provincial, 161 y cc. del C.P.P..-

Los argumentos esgrimidos necesariamente nos conducen a analizar lo actuado a partir de la audiencia preliminar ya que el art. 409 del ritual claramente estipula que en tal instancia es que debe decidirse si el debate será público o se debe realizar a puertas cerradas conforme a la voluntad del acusado menor de edad que procurará el juez que presida la audiencia, y que la regla se aplica igualmente cuando el adolescente sea enjuiciado con otros acusados mayores de edad, como es el caso de autos.-

Del acta de la audiencia preliminar y de sus registros se extrae que la cuestión no fue puntualmente abordada y que ni el defensor del imputado, ni la Asesora de Familia e Incapaces que asistió al acto, efectuaron un planteo en tal dirección resolviendo el Juez la realización del juicio oral y público por un Tribunal Colegiado. Posteriormente al iniciarse la audiencia de debate tampoco hicieron reservas al respecto desarrollándose con absoluta regularidad todo el juicio.-

Sabemos que uno de los principios esenciales que gobierna el proceso penal es el de publicidad y que éste es una garantía constitucional expresamente consagrada a favor del imputado por los tratados internacionales incorporados al art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, así la DADDH, la DUDH y el PIDCP, y como resguardo de la

regularidad del proceso en tanto resulta el sistema más eficaz para el contralor de la adecuada fundamentación y razonabilidad de las decisiones judiciales (cfme. Eduardo Jauchen, Tratado de Derecho Procesal Penal, t. III, pág. 320, Ed. Rubinzal Culzoni); por otra parte no podemos soslayar que la sanción que pretende el impugnante resulta el último recurso y que para ello se debe atender no solo la exigencia o requisito legal sino también la efectiva vulneración de derechos o garantías que la irregularidad implica; en tal dirección me he pronunciado recientemente en autos “I., E. E. s/ dcia. Abuso sexual, robo y amenazas con arma de fuego”, Carpeta nº 5853, sentencia Nº 37 del 1º/12/2014.-

El art. 342 del C.P.P. expresamente establece ante el supuesto, como principio, que el debate tramitará conforme las reglas comunes y las especiales establecidas en la Segunda Parte, Libro V, y estas últimas no hacen prevaler el derecho de intimidad del menor sobre la publicidad, ambos principios no tienen el mismo rango normativo y por lo tanto, siempre debe primar éste último pues emana de la forma republicana de gobierno.-

Desde ya en el caso, y escrutadas las actuaciones, no advierto en el procedimiento un vicio de tal entidad que autorice la anulación del juicio y por ende de todo lo actuado en consecuencia, en modo alguno se han visto obstaculizadas las posibilidades de ejercer la defensa material o desarrollar su letrado una estrategia en determinado sentido, la crítica en definitiva carece de sustento suficiente para lograr el pretendido efecto nulificante y corresponde el rechazo, lo que así voto.-

2.- Continuando con la impugnación deducida por el Sr. Defensor de E. L., también se agravia por cuanto considera que la sentencia que declara a su asistido como autor penalmente responsable del delito de homicidio agravado por el uso de arma de fuego (art. 79 y 41 bis del C.P.), es producto de una absurda valoración de la prueba, con claro apartamiento de las reglas de la sana crítica (art. 25 del C.P.P.) considerando que el cuadro probatorio resultó insuficiente a fin de establecer la autoría del hecho, inobservando el tribunal arbitrariamente el beneficio de la duda solicitando en definitiva se revoque el pronunciamiento y se lo absuelva libremente de culpa y cargo.-

Sin ánimo de ser reiterativo entiendo pertinente describir sintéticamente los hechos atribuidos dado que el impugnante solo pone en crisis parcialmente el pronunciamiento.-

El tribunal concluyó que conforme la prueba rendida se pudo establecer que el día 4 de marzo de 2014 siendo aproximadamente las 3:30hs, frente al bar “R. de A. I” ubicado en calle A. N° XXX de la ciudad de Sarmiento, los hermanos H. y G. Ñ. fueron agredidos por un grupo de personas, entre los que se mencionan a M. A. A., R. P., P. S. y el menor L., mediante golpes de puño, patadas y arma blanca resultando lesionado el primero con un corte en la frente y otro en el glúteo izquierdo.-

Que los agredidos huyen del lugar en distinta dirección, H. Ñ. lo hace hacia su domicilio, en tanto su hermano corre hacia la Av. S. M. siendo perseguido en principio por al menos tres de los agresores y al tomar por dicha arteria le efectúan un disparo con arma de fuego que impacta

en la espalda, no obstante sigue su carrera tomando calle U. en dirección a Roca donde se desploma quedando recostado sobre una pared ya sin vida.-

Los jueces del tribunal coincidentemente concluyeron que el autor del disparo de arma de fuego que provoca la muerte a G. Ñ. es E. L. y para ello se apoyan en la existencia de indicios graves, serios y concordantes que lo incriminan.-

a.- Corresponde aquí efectuar una aclaración referida a los términos de la acusación previo a continuar el análisis de la valoración de la prueba por los sentenciantes que impone el doble conforme. El Titular de la acción al formular la acusación plantea dos hipótesis en relación al segundo episodio.-

Hasta el inicio del debate como hipótesis principal sostenía que los agresores persiguieron a la víctima y que alguno de ellos, sin poder individualizarlo, efectuó el disparo atribuyendo así a todos los imputados el delito de Homicidio en agresión agravado por empleo de arma de fuego (arts. 95, 41 bis. C.P.) y además para P., A. y S. consideraba también operativa la agravante del art. 41 quater del C.P..-

Como hipótesis alternativa, que en definitiva es la que mantuvo al momento de concluir, plateaba que L. fue autor del disparo imputándole tal conducta a título de autor del delito de Homicidio simple agravado por el empleo de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del C.P.), en tanto los consortes de causa solo quedaban vinculados al primer hecho, atribuyéndoles el delito de Lesiones leves en agresión agravadas por la participación de un menor de edad (arts. 96 y 41 quater C.P.).-

Este proceder del Titular de la acción fue seriamente cuestionado por las defensas de P., A. y S. en oportunidad de la audiencia preliminar propiciando el sobreseimiento en relación a la imputación formulada como principal, debiendo atenderse solo la hipótesis alternativa, planteo que fue rechazado por el juez penal interviniente.-

Las críticas que formularon los Sres. Defensores en tal oportunidad resultaban ajustadas, y en definitiva el resultado final del juicio así lo confirma.-

Si bien el art. 291 del C.P.P. faculta al Fiscal a indicar alternativamente aquellas circunstancias del hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en una figura penal distinta a la que compone la calificación jurídica principal, ello no habilita a plantearlos como hipótesis fácticas diferentes, y al más elemental análisis debemos entender que el Fiscal conocía los resultados de las pruebas que aportaba para su producción en el juicio, y si de ellas se extraía con un alto grado de probabilidad la identidad de la persona que efectuó el disparo mortal, esta debió ser la hipótesis principal; es más si nos detenemos en la relación que efectuó del hecho conforme la primer hipótesis no resulta clara, menos precisa y ello justificaba un análisis más detenido por el juez de la audiencia preliminar lo que en definitiva trajo aparejada una clara afectación a los intereses de los coimputados que se vieron imposibilitados de ejercer otros derechos como por ejemplo solicitar la suspensión de juicio a prueba en tal oportunidad, haciéndolo recién después de formular conclusiones el Titular de la acción lo que fue rechazado por el Tribunal de juicio por mayoría, circunstancia que

motiva la impugnación deducida conjuntamente por los Dres. F. R. y G. A. Oyarzun, cuestión que abordaré por razones metodológicas luego de resolver íntegramente la impugnación deducida a favor de L. y el agravio específico que trae de Asesor de familia e incapaces, Dr. Tomás M..-

b.- Como queda expuesto los sentenciantes receptaron la tesis del Fiscal y el impugnante observa que a su asistido jamás se le secuestró un arma, que no se le efectuó un dermonitrotest pese haber sido detenido rápidamente y que ningún testigo refirió haberlo visto disparar un arma de fuego, considerando que la prueba testimonial y técnica producida no es suficiente, menos determinante para fundar el pronunciamiento condenatorio.-

El caso que fue ventilado en el juicio oral y público comprende dos episodios y el primero es el desencadenante del segundo y solo cuestiona el impugnante las conclusiones relativas a este último; así no es materia de controversia que los protagonistas de los hechos se encontraban en el interior del bar “R. de los A.” y que todo se origina por un altercado mantenido por M. A. A. con G. Ñ. que llevó a la dueña del comercio a pedirle al primero que se retire del local; que al hacerlo también salen los hermanos Ñ. y comienza una pelea a la que suman las personas que acompañaban a A., entre ellos P., L. y S. para desarrollarse los hechos conforme ya los expusiera al iniciar el tratamiento de esta cuestión.-

Evaluada la tesis que sostuvo el Fiscal al formular conclusiones, a priori, ha resultado efectiva para explicar lo ocurrido desde los indicios señalados y la demás prueba colectada, y la apreciación

probatoria de los jueces de grado ha sido correcta.-

Como bien destaca el Dr. Casal en su voto, los indicios de presencia y de participación en el delito se encuentran suficientemente establecidos; L. estaba en el lugar de los hechos y participó activamente en el desarrollo de los mismos.-

Los jueces han ponderado prueba independiente que lo avala. Parten del testimonio de la propietaria del bar F. V. M. quien detalla lo acontecido en el interior y los motivos por los cuales expulsa a A. del local individualizando a las personas que lo acompañaban, para luego analizar los dichos del testigo C., quien también se hallaba en el bar, y que viene a confirmar la presencia de los hermanos Ñ. y de los imputados.-

Ante tal situación salió del bar y presenció el momento en que el grupo de personas que acompañaba a A. agredían a los hermanos Ñ. y que estos se defendían; puntualmente indica que H. Ñ. fue agredido por todo el grupo al intentar separar a su hermano cuando se enfrentaba a A..-

Luego hilvanan el testimonio de H. Ñ. quien con absoluta claridad y contundencia brinda al detalle el desarrollo del hecho, las consecuencias de la agresión sufrida y la determinación de escapar haciéndolo en distinta dirección a la de su hermano y que dos de los agresores lo persiguieron, en tanto los restantes indudablemente persiguieron a G., lo que concuerda perfectamente con el relato de C., quien además individualiza a E., a A. y al jujeño persiguiendo a la víctima en dirección a Av. S. M. para luego escuchar una explosión; corresponde aditar que H. Ñ. reconoció en rueda de personas a sus agresores.-

Hasta aquí la prueba que permitió reconstruir el primer tramo de los hechos es contundente y la valoración por los jueces del tribunal no presenta fisuras, y como ya señalara al inicio de mi sufragio no han sido cuestionadas por los impugnantes tales conclusiones.-

Tenemos entonces suficientemente establecido que la víctima fatal al huir del lugar es perseguido en principio por las tres personas mencionadas en dirección a Av. S. M. y que en dicha arteria doblan, y es al transitar por la misma que recibe un disparo de arma de fuego en la espalda por uno de sus perseguidores.-

Como bien señala el impugnante no se produjo prueba directa que ubique a su asistido disparando el arma en tal ocasión, pero sí se logró obtener el testimonio de dos jóvenes que transitaban por inmediaciones del lugar, que incluso se toparon con los agresores, e imágenes captadas por cámaras de seguridad que claramente indican a E. L. como la persona que llevaba el arma.-

Se trata de N. A. N. y F. A., quienes coincidentemente señalaron que en principio escuchan un solo disparo y que por temor deciden retomar calle U..-

Que pudieron apreciar a tres personas corriendo, una que dobla por U. y dos que lo perseguían, que se cruzan en primer lugar con la víctima que pasa corriendo con una mancha de sangre en la espalda, que lo hacía muy agitado y luego al llegar a Roca se topan con las dos personas que perseguían al herido y que los intentan asaltar, que uno sacó un arma de la cintura, se la aproxima a la cabeza a A. y al decirles que no llevaban nada se

retiran.-

Debe tenerse en cuenta que todo acontece sin solución de continuidad y estas personas describen a los dos sujetos y sindicaron a L. como el que portaba el arma tipo revolver, calibre 22, siendo reconocido en rueda de personas por N. y ello viene a ser corroborado por los registros fílmicos de cámaras de seguridad de un comercio que fueron reproducidos en el juicio.-

Por último corresponde señalar que la prueba científica determinó que el proyectil ingreso por la espalda y que se trataba de un calibre 22 largo.-

Las conclusiones de naturaleza indiciarias señaladas, tales como la presencia del imputado, la participación en la agresión a G. y H. Ñ., la persecución inmediata del primero, la portación del arma de fuego, el resultado de la prueba científica, resultan una utilización racional de tal medio probatorio y forman parte de la argumentación del Tribunal.-

Entiendo pertinente destacar que en el caso no fue planteada por la Defensa una contra hipótesis fáctica y como dije ha resultado efectiva la tesis sostenida por el Fiscal al concluir para explicar lo ocurrido desde los indicios señalados y las demás pruebas colectadas, sin dejar de tener presente las observaciones efectuadas a la manera que ejerció la facultad del art. 291 del C.P.P. –acusación alternativa.-

Conforme ya me expidiera en autos “G. N. s/ Homicidio”, Carpeta N° 5959, sentencia n° 35/2014, la prueba indiciaria puede por si sola ser suficiente para fundamentar un juicio de certeza, pero el valor

conviccional del indicio no deriva de su sola apreciación, sino de una operación racional que lo liga a un suceso desconocido que mediante su uso se puede llegar a conocer, por lo cual ...“La eficacia probatoria de la prueba indiciaria dependerá, en primer lugar, de que el hecho constitutivo del indicio esté fehacientemente acreditado; en segundo término del grado de veracidad, objetivamente comprobable, de la enunciación general con la cual se lo relaciona con aquel y por último de la conexión lógica del enlace entre ambos términos.” (Cafferata Nores, “La Prueba en el Proceso Penal”, Depalma Ed. 2001, pág. 191), todo lo cual me lleva a la conclusión de que el tribunal de grado, analizando correctamente el material probatorio al momento de sentenciar, se ha formado un cuadro de convicción suficiente para derribar el estado de inocencia del acusado y por ello no ha de prosperar el agravio del impugnante correspondiendo confirmar el pronunciamiento solo en cuanto declara a E. L. autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple agravado por el empleo de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del C.P.), lo que así voto.-

c.- Antes de pasar a tratar el agravio traído por el Asesor de familia e incapaces, en el proceso deliberativo hemos advertido que el menor E. L. resulta inimputable en relación al primer hecho atribuido por el Titular de la acción y en consecuencia así corresponde declararlo.-

Sin perjuicio de la validez de las comprobaciones realizadas, nos encontramos con que la conducta comprensiva del primer hecho cometido en perjuicio de H. Ñ. ha sido calificada como constitutiva del delito de Lesiones Leves en agresión, el que es sancionado con una pena

máxima de ciento veinte (120) días de prisión (arts. 95 y 96 del C.P.) y por ende de conformidad al art.1º de la ley 22278, E. L. no es punible pues contaba a la fecha del hecho con 17 años de edad, en consecuencia como acabo adelantar corresponde así declararlo y sobreseerlo en relación al mismo, siendo también de aplicación el art. 285 inc. 4º del C.P.P.; al respecto solo cabe mencionar que llamativamente no fue advertida la causal por las partes involucradas ni por el Tribunal de juicio.-

Por último y en razón que al adelantarse el veredicto, luego de la audiencia del art. 385 del C.P.P., se incurrió en un error material al consignarse en el punto “2º)” la confirmación parcial de la sentencia tal como fue pronunciada por el Tribunal de grado, entiendo corresponde su modificación excluyendo el primer hecho e incorporando un punto declarando la inimputabilidad y el sobreseimiento parcial de E. L. en los términos expuestos, lo que así voto.-

3.- El Asesor de familia e incapaces, Dr. Tomás M., denuncia que el tribunal de juicio sin fundamentación rechazó las medidas socio educativas solicitadas por el Ministerio Público Fiscal para el menor L. por el término de un año y que dispuso la realización de un amplio informe para evaluar la necesidad de imponer pena en los términos del art. 8 de la ley 22278, requiriendo se revoque tal decisión y se disponga la realización de un tratamiento tutelar por el término legal, aclarando que no comparte la internación en el COSE que propuso el Fiscal, apoyando su moción en precedentes jurisprudenciales de esta Cámara.-

Que analizados los sufragios ciertamente los jueces del

Tribunal no han dado debida y suficiente fundamentación a la decisión sustentando la misma exclusivamente en que el menor cumpliría los 18 años de edad próximo a la fecha de la sentencia, adquiriendo la mayoría de edad, incluso llega a sostener el Dr. Casal que por tal circunstancia la petición resulta abstracta.-

Revisadas las constancias de la causa y lo actuado en la segunda etapa del juicio se extrae que durante el desarrollo del proceso E. L. inicialmente fue privado de libertad por el término de dos meses en el Centro de Orientación Socio- Educativo de la ciudad de Trelew, institución que debía informar quincenalmente sobre el abordaje que realizara del mismo; que dicha medida se extendió hasta el 5 de mayo de 2014 fecha en que se la sustituyó por el arresto domiciliario, en tanto el 7 de agosto de ese año se dispone nuevamente la internación en el COSE la que se extendió hasta el 19 de septiembre, fecha en la que se hizo cesar toda medida de coerción personal con fundamento en el art. 408 C.P.P., y durante la etapa de cesura no se produjo prueba alguna a los fines de resolver sobre la adopción de medias socio-educativas para el menor requiriendo la Defensa la realización de un tratamiento tutelar a lo que adhirió el Ministerio Pupilar.-

De acuerdo a esta breve reseña nos encontramos con que los sentenciantes no han reparado en los diversos factores para resolver la cuestión, nada se ha dicho en el juicio sobre la historia de vida del menor, no se produjo ninguna información técnica en la audiencia de cesura, ni han sido consideradas las medidas de coerción personal dispuestas durante el proceso.-

En la materia que estamos tratando debe tenerse en cuenta que la aplicación de una sanción a un menor es el último recurso y debe considerarse que cualquier decisión en tal sentido debe estar precedida de una acción tendiente a ofrecer una posibilidad razonable que el adolescente supere las circunstancias que originaron el proceso principal seguido en su contra (art. 409 ult. párrafo del C.P.P.); así la situación que desnuda el detalle efectuado nada obstaculizaba la posibilidad de imponer un tratamiento tutelar como bien había sido requerido por la Defensa y el Ministerio Pupilar, por el contrario lo justificaba sobradamente.-

Como ya señalara el único fundamento brindado por el tribunal para rechazar el pedido ha sido que el menor se encontraba próximo a cumplir los 18 años y al respecto resultan válidos los precedentes traídos por el Dr. M.; en tal sentido ya tengo dicho que “...en relación a lo previsto por el Art. 8 de la Ley 22.278, sabemos que por Ley 26.579 la mayoría de edad fue fijada a partir de los 18 años y hasta su sanción el sistema legal preveía una protección mayor hasta los 21 años y en su tratamiento parlamentario se postuló la modificación del Art. 4 inc. 3° de la Ley 22.278 posibilitando que el tratamiento tutelar pueda extenderse de resultar necesario hasta los 21 años de edad, puesto que en la mayoría de los casos los menores sometidos a proceso cumplirán la mayoría de edad sin haber estado sujetos al tratamiento con el riesgo que la abreviación forzosa pueda llevar a una mayor aplicación de la sanción penal...” (sentencia n° 20/2014, de fecha 31/7/14, Carpeta N° 1071, Caratulada: “Ochoa, Lucas Guillermo p.s.a. tentativa de robo en concurso real –tres hechos-”.-

Así la decisión indudablemente resulta arbitraria y por ende corresponde revocarla dado la insuficiencia de motivos para descartar sin más la realización de un tratamiento tutelar, conforme el art. 4 de la Ley 22278, lo que así voto.-

4.- Examinada integralmente la situación de E. L. de acuerdo a los agravios esgrimidos, corresponde analizar la impugnación deducida conjuntamente por los Sres. Defensores de R. N. P., M. Á. A. y P. L. S. contra la resolución de fecha 20 de noviembre de 2014 dictada por el Tribunal de juicio en cuanto rechaza la aplicación de la Suspensión de juicio a prueba requerida por los letrados a favor de sus asistidos luego de formular conclusiones el Fiscal durante el debate.-

Aducen los impugnantes que al inclinarse el Titular de la acción por la hipótesis alternativa, quedó habilitada por primera vez en el proceso de posibilidad de requerir la aplicación del instituto para sus asistidos ya que se daban los requisitos que exige el art. 76 bis del sustantivo y que el tribunal por mayoría rechaza la solicitud por entender que deviene extemporánea, considerando que el art. 49 del C.P.P. es tajante en cuanto a la oportunidad del planteo, el que puede efectuarse hasta el inicio del debate.-

Para dar un marco adecuado a los agravios los impugnantes detallan los antecedentes del caso y el suscripto ya se ha referido a ellos en el punto “2.- a” de esta primera cuestión. Sobre el particular cabe reiterar que las defensas en la etapa procesal oportuna cuestionaron severamente la acusación y que las críticas formuladas resultaban ajustadas, sin merecer por parte del Juez Penal de la audiencia

preliminar un análisis más detenido como lo justificaba el caso, lo que impidió la posibilidad de plantear y peticionar en tal sentido, es más en la instancia del art. 321 del C.P.P. las defensas reiteraron las críticas señalando que el Fiscal no iba a poder acreditar los extremos de la acusación principal y que el hecho era único ajustándose a la acusación alternativa.-

Como acabo de señalar la decisión fue adoptada por mayoría y solo fundamentan la misma en la extemporaneidad del planteo conforme lo previsto en el art. 49 del ritual; el Dr. Casal hace referencia al principio de preclusión y avala su postura con precedentes del Superior Tribunal de Justicia que no reflejan la situación dada en autos; por su parte el Dr. Pérez agrega que proceder de tal manera resulta contrario a la finalidad misma del instituto como es la economía procesal. Por el contrario el Dr. Castro, interpretando correctamente la normativa, sostiene que ha sido dicha instancia la primer oportunidad procesal de peticionar el beneficio manifestándose por la tesis amplia.-

Para responder el agravio es inevitable revisar la naturaleza del instituto de la suspensión de juicio a prueba cuya aplicación fuera denegada en la resolución que se somete a control, ello a la luz de los problemas que plantea su recepción legal en el código procesal, quedando en claro que es un modo diverso de abordar la solución del conflicto conforme lo regula el ritual (art. 49 C.P.P.).-

Se puede decir que ciertamente rige el principio de preclusión procesal y no solo opera por vencimiento del plazo acordado para ejercer un derecho o facultad procesal sino también por el ejercicio de un

derecho o facultad incompatible con el que está pendiente de ser realizado; así debe recordarse que el fin perseguido por el instituto es suspender la imposición de una condena, por lo que se advierte que si la pretensión es ejercida en una etapa avanzada de proceso corresponde su tratamiento cuando anteriormente no se tuvo la posibilidad de peticionarla, y por ello al momento de resolver se debe evitar caer en un excesivo rigor formal que desvirtúe la esencia del proceso.-

Es indiscutible en el caso bajo examen que la primer oportunidad procesal que tuvieron los imputados para ejercer este derecho que acuerda la ley sustantiva ha sido durante el debate, más precisamente, en la discusión final luego de formular conclusiones el Fiscal, y que durante el desarrollo del proceso han cuestionado y observado la acusación principal justamente en la dirección indicada y como ya tenemos dicho la calificación principal es la que guía el proceso y que la alternativa es solo para el eventual que no resulten demostrados en el debate los elementos que componen la calificación jurídica principal (art. 291, 3er. párrafo del C.P.P.), (autos “Hurban, Viviana Andrea s/ Dcia. Abuso sexual”, carpeta 6080, sentencia n° 5, de fecha 16 de marzo de 2015).-

En definitiva los imputados P., A. y S. fueron acusados de un delito cuya pena máxima no superaba los tres años de prisión, encuadrando la situación en el 1er. párrafo del art. 76 bis del C.P., ofrecieron reparar el daño en la medida de sus posibilidades no registrando antecedentes penales computable los dos primeros a contrario de S. lo que impone tratar su situación separadamente.-

En dicho contexto corresponde acoger parcialmente el recurso revocando la sentencia en cuanto condena a M. Á. A. y R. N. P. y ordenar se realice audiencia para tratar los pedidos de suspensión de juicio a prueba.-

5.- Como acabo de mencionar la situación de P. L. S. es distinta a la de sus consortes de causa, pues de acuerdo a los informes del Registro Nacional de Reincidencia, registra antecedentes penales computables que impiden ante el supuesto de condena la aplicación de la pena en suspenso (art. 26 del C.P.), y por ello es que el Tribunal de Juicio al condenar aplicó la pena de 60 días de prisión de cumplimiento efectivo; por ende a su respecto no podía prosperar la aplicación del instituto de la suspensión de juicio a prueba por no adecuarse a las exigencias del art. 76 bis y adelantando opinión corresponde confirmar la condena.-

Sobre el particular solo cabe destacar que la defensa del nombrado se limitó a impugnar la resolución del tribunal que denegó la suspensión de juicio a prueba sin formular agravios, al menos en subsidio, contra la sentencia de condena y no corresponde el examen del pronunciamiento, aunque sí dejar sentada la opinión que en el caso no resultaba operativa la agravante del art. 41 quater del C.P. desde que no se advierte en el proselitismo delictivo que la intervención del menor haya sido con conocimiento efectivo de los restantes, o con miras a lograr un beneficio personal aprovechando la inimputabilidad penal L., máxime cuando el hecho se concretó en el marco de una agresión en los términos del art. 95 del C.P..-

A la **PRIMERA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

I.- Me remito íntegramente a la reseña del caso que ha expuesto el Juez Montenovo, toda vez que la misma contiene los antecedentes fundamentales de lo actuado en la presente etapa de impugnación, que deben ser materia de tratamiento en este decisorio; y además, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.-

II.- 1) Previo introducirme en el análisis de la vía recursiva articulada, en cuanto a la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba, considero necesario reseñar que de la lectura de las actuaciones obrantes en la presente Carpeta -que he tenido a la vista al momento de sufragar-, se desprende que en el escrito en el que respondieron a la acusación pública, los Dres. R. -entonces Defensor de confianza del imputado R. N. P.- y Oyarzún plantearon la posibilidad de la aplicación de un criterio de oportunidad. En efecto, consignaron allí que ponderando las constancias remitidas por el Registro Nacional de Reincidencia respecto de los imputados P., S. y A., surge que no poseen antecedentes penales que se erijan en una limitación para impulsar el criterio de oportunidad reglado en el art. 49 del CPP, es decir la suspensión de juicio a prueba. A fin de dar cumplimiento a los requisitos para su admisibilidad, señalaron que la pena propuesta por el órgano acusador -siete meses de prisión- es de aquellas que permiten su ejecución en forma condicional, en los términos del art. 26 del catálogo represivo, el delito que se les enrostra es de acción pública y los acusados ofrecen en concepto de reparación abonar la suma de \$ 1.000 (pesos un mil) cada uno a la víctima H. H. Ñ., que habrían de ratificar en la audiencia del art. 295 del CPP.-

En función de ello, solicitaron que se otorgue a sus asistidos el beneficio citado por el término de un año y medio con las pautas previstas en el art. 27 bis, inciso 1º, del CP. Corrida vista al representante del Ministerio Público Fiscal, dictaminó que debía rechazarse la aplicación de la suspensión de juicio a prueba solicitada, consignando que el Ministerio Público sostiene dos acusaciones, una principal y una alternativa, y la Defensa no tiene facultad de optar qué acusación debe ser la que se lleve a juicio; por lo tanto se debe rechazar la figura elegida de Lesiones leves en riña, el sobreseimiento definitivo solicitado por el delito de Homicidio en riña y la aplicación de un criterio de oportunidad. Finalmente, ya al celebrarse la audiencia preliminar, el Dr. R. desistió expresamente del criterio de oportunidad que había requerido, a lo que adhirió el Defensor Público, en representación de A. y S..-

En la etapa del juicio oral correspondiente a la discusión final, hubo de reeditarse la petición -ante la posición asumida por el acusador público, en el sentido de alegar en base a la acusación subsidiaria, dejando de lado la principal-, sin que en esta oportunidad procesal se requiriera la opinión del representante del Ministerio Público Fiscal.-

2) En lo concerniente a la admisibilidad de la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa de los acusados R. N. P., M. Á. A. y P. L. S., contra la resolución dictada -precisamente- en el transcurso de la audiencia de debate -discusión final-, por mayoría de votos, y que denegara la suspensión del juicio a prueba; entiendo que si bien el Código Procesal Penal vigente, no ha previsto la modalidad de recursos con

efecto diferido -como el que intenta esta parte en el caso concreto, si estamos a las constancias respectivas del acta de juicio oral-, al no estar proscripta tampoco esa vía, debe concluirse en pro de su admisión, y la consecuente revisión de la medida denegatoria.-

Para ello, hemos tenido en cuenta en la etapa correspondiente a la deliberación, que ya en oportunidad de la audiencia preliminar se había objetado la acusación principal, en contra de sus pupilos; de manera entonces que, es posible concluir que se hallaba cuestionada su legalidad; y ello motivó luego que, al modificarse el temperamento fiscal en cuanto a la calificación del hecho, se reeditara aquel planteo a favor de la obtención del instituto de la suspensión del juicio a prueba.-

Otro elemento de juicio que debe tenerse en cuenta, en el particular, es que la posición defensiva no ha interrumpido la audiencia de debate en trámite, sino que fue recién en oportunidad de la discusión final que se introdujo nuevamente la petición; y después, frente a la negativa, se continuó con la misma hasta la sentencia definitiva, precisamente a través del ya referido mecanismo de la impugnación con efecto diferido, por el que optaran las Defensas de los acusados -lo que permite, además, preservar los principios del juicio oral: continuidad, concentración, economía procesal, etc., según ya se adelantara-.-

Por último, y en apoyo de la solución escogida, entiendo de utilidad tener en cuenta que uno de los argumentos legales que se ha utilizado frecuentemente, en la jurisprudencia que deniega la suspensión del juicio a prueba por razones de oportunidad temporal, estribaba en la falta de

regulación de tal posibilidad -es decir, que se otorgara una vez comenzado ya el juicio oral (v.g. entre muchas otras, la causa “Irurzún, Daniel Edmundo y otros s/ recurso de casación”, resuelta por la C.Nac.Cas.Pen., sala II, con fecha 17 de julio de 2008; voto del Juez Luis M. García, en base a una interpretación teleológica que responde al silencio de la ley en el punto; publicada en el sitio elDial.com)-.-

Pero resulta que, como toda normativa procesal, la misma puede modificarse a través del tiempo, y eso es lo que ha ocurrido en el ámbito federal, con el Código sancionado -recientemente-, mediante ley n° 27.063, que expresamente prevé en su art. 35, 3er. párrafo, que: “ ... El imputado podrá proponer al fiscal la suspensión del proceso a prueba. Dicha propuesta podrá formularse hasta la finalización de la etapa preparatoria, salvo que se produzca una modificación en la calificación jurídica, durante el transcurso de la audiencia de juicio, que habilite la aplicación en dicha instancia ... ” -es decir, un supuesto idéntico al que nos ocupa-; todo lo cual demuestra claramente como ejercicio argumental comparativo, que no nos hallamos frente a disposiciones rituales que puedan comprometer principios constitucionales, sino que solo competen al criterio del legislador de forma.-

En consecuencia, se demuestra así que es posible una interpretación como la ya anticipada, superadora por imperio del principio *pro hómine* que campea en materia de suspensión del juicio a prueba, de la tesis de la preclusión que sostiene el acusador público, en su responde a la impugnación; tampoco convence el argumento relativo a la pretendida necesidad de efectuar una “reserva”, de un futuro e hipotético pedido de

suspensión de juicio a prueba, que sostiene el Ministerio Fiscal como requisito de procedencia de la posterior reedición de la solicitud, y que en el subjúdice no se verificó. En ese caso, la falta de actualidad del agravio hubiera sellado de modo adverso la suerte del planteo.-

Aclaración: a falta de dictamen del acusador en la etapa procesal oportuna, como ya se consignara precedentemente, se toma en cuenta su respuesta al emplazamiento de la impugnación ordinaria, a tales efectos; de manera entonces que se concluye que para el Ministerio Público Fiscal no existen motivos de fondo que obsten a la suspensión peticionada, sino que solo se invocaron razones procesales de mero trámite.-

Conforme al razonamiento que se viene desarrollando, estimo oportuno recordar además que “el principio *pro hómine* no resulta equiparable a cualquier otra pauta de interpretación de la ley. En efecto, en virtud de su origen y de su propia configuración, el **uso obligatorio de este principio** genera consecuencias que van mucho más allá de los resultados y beneficios que arrojan otras herramientas analíticas formales, como son los métodos de interpretación literal, teleológico, histórico o dinámico”. Pero, aún en el caso en que pudiera considerarse que el principio no posee los alcances mencionados y, por ende, se concluya que su falta de aplicación en un caso concreto no podría dar lugar a una cuestión federal por aplicación del art. 14 de la ley 48, es posible sostener que dicha omisión es causal de arbitrariedad normativa. La recepción jurisprudencial de este principio conduce a que cualquier interpretación normativa inadecuada o contraria al mismo se convierta en una causal definida de arbitrariedad y, antes de ello,

en una violación de la ley sustantiva constitutiva de un vicio *in iudicando* (cfme. Capuccio, Emilio A. “Análisis del fallo Estévez” de la CSJN, 8/6/10, “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, dirección de Leonardo Pitlevnik, tomo 12, págs. 75 y ss., el destacado me pertenece; con cita de Sagüés: “En el marco de los casos de arbitrariedad de sentencia ..., también se incluye la interpretación *inarmónica*, que ‘acaece cuando la exégesis de un precepto legal se realiza violando las reglas de interpretación armonizante, en el sentido de que el intérprete debe escoger entre las posibilidades que brinde una regla jurídica, aquella que se conforma con la Constitución. Por ende, es arbitrario el fallo cuya exégesis no se compadece con los principios y garantías constitucionales, o con los objetivos de la Constitución’’).-

3) La revocatoria de la decisión adoptada por el colegiado de juicio, y consecuente recepción favorable del pedido de suspensión del juicio a prueba, solo ha de comprender a los coimputados P. y A., ya que en el caso de S. el mismo cuenta con antecedentes, que lo impiden.-

No mediando, por lo demás, impugnación ordinaria respecto a la condena dictada en su contra, se impone su confirmación en esta instancia, inclusive en orden a la aplicación de la agravante del art. 41 *quáter* del CP; teniendo en cuenta para ello la doctrina legal de la Sala Penal del STJ provincial, que se ha expedido reiteradamente sobre el punto; en los siguientes términos: “...La norma de mención establece que cuando alguno de los delitos previstos en el Código penal fuera cometido con la intervención de menores de dieciocho años de edad, la escala penal

correspondiente se incrementará en un tercio del mínimo y del máximo, con respecto a los mayores que hubieran participado en el hecho. Es que, acreditada la participación de ... en el suceso, quien contaba en ese momento con catorce años de edad, correspondía la aplicación de la agravante para ..., su consorte de causa...” (cfme. entre otras, sentencias n° 2 y 55/10, y 46/13 del Superior Tribunal de Justicia).-

Se registran también en igual sentido, numerosos precedentes jurisprudenciales, como ser -a título meramente enunciativo-, de la CNCrim. y Correc., sala IV, 16/7/2004, causa “Guida, Matías y otros”, y C.N. Cas. Pen, sala I del 10/2/2009, causa “Sosa, Manuel A.” (todos en Summa Penal, tomo V, ya citado, pág. 4597); C.N. Crim. y Correc., sala IV, 16/12/2013 –M. S., A. E. s/ procesamiento”, publicado en Suplemento La Ley “Penal y Procesal penal”, director Miguel A. Almeyra, julio 2014, n° 06, pág. 53; C.Pen. Rosario, sala 1°, 7/12/2012 –R., A. E., publicado en “Revista La Ley Penal y Procesal Penal”, directores Pedro Bertolino y Patricia Ziffer, Abeledo-Perrot, octubre 2012, págs. 1860 y ss.).-

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, entiendo prudente dejar a salvo mi opinión en contrario, *obiter dicta*, toda vez que me inclino por adherir a la posición que sostiene que es menester, para que proceda la aplicación de la agravante, que “...se demuestre algún ascendiente que el mayor tiene sobre el menor para impulsarlo a delinquir, independientemente de su inimputabilidad penal y de que el mayor se valga o no de ello para procurar su impunidad, pues parece que el acento debe ponerse en la preservación del menor que es ‘utilizado’ con fines ilícitos. De

esta forma, los casos en que los menores intervengan libremente en la comisión de ilícitos, sin poder determinarse ningún tipo de ascendiente sobre ellos por parte de los mayores, tornarían **inaplicable** la agravante, pues dicha situación **no** genera un mayor desvalor de injusto, y aplicarla sería pura responsabilidad objetiva” (cfme. Alexis L. Simaz: “Algunas cuestiones interpretativas de la ‘agravante genérica’ del art. 41 quater, C. Pen.”, publicado originalmente en “Revista La Ley Penal y Procesal Penal”, directores Pedro Bertolino y Patricia Ziffer, Abeledo-Perrot, de diciembre del 2008, pág. 2037, y luego recopilada en Summa Penal, t. II, págs. 1443 y ss., el destacado ha sido agregado al original).-

Cabe añadir, en relación con este criterio, que la jurisprudencia exige que se compruebe, en el caso concreto, que el menor ha sido efectivamente “utilizado”; no siendo suficiente, con argumentar que las solas “diferencias de edades entre el imputado y los coimputados menores de edad habrían generado un liderazgo natural en cabeza de él” (CF. Cas. Pen., sala II, causa “Díaz, Emanuel Matías”, sentencia del 10/9/12); ya que no puede haberlo cuando actúan todos de consuno y en pie de igualdad, sin prevalencia del mayor respecto del menor (el mismo Tribunal causa “Montiel, A. Alejandro”, del 31/3/14).-

III.- 1) En lo que hace al agravio introducido por la Defensa del imputado **L.**, a través del cual reclama la nulidad del juicio por haberse inobservado las normas que rigen el procedimiento minoril, que a su vez habría producido una afectación a los principios de legalidad y especialidad, tampoco será de recibo.

Concretamente el Defensor Público, luego de una extensa enunciación de normativa legal contenida en diversos textos, criticó que su pupilo fue sometido arbitrariamente a debate oral y público, soslayándose su derecho a ser oído y afectando el debido proceso penal, con cita de los arts. 18 de la Constitución Nacional y 44 de la Constitución Provincial, entre otros.

En primer término, corresponde destacar que es cierto que el propio art. 409 del catálogo adjetivo, dispone que cuando el acusado sea un adolescente menor de dieciocho años “ ... el debate será público o a puertas cerradas conforme la voluntad del acusado menor de edad ... ”.

Sin perjuicio de ello, y si bien se omitió proceder como la norma lo indica, entiendo que tal inobservancia no puede considerarse de una entidad suficiente como para que conduzca a invalidar el pronunciamiento jurisdiccional que ataca.

En efecto, el Defensor no ha demostrado cuál es el perjuicio que con ello se le habría ocasionado a su asistido; y cabe ponderar, además, que en ocasión del inicio del debate, en la que **L.** se encontraba asistido por el recurrente y por la representante del Ministerio Pupilar, según surge del audio y del acta respectivos, no se formuló ningún cuestionamiento a la omisión que ahora denuncia lo que podría interpretarse como una convalidación de lo actuado por el Tribunal.

Pero más aún, a diferencia de lo que ocurría en el ordenamiento procesal penal abrogado, en el debate en el que se encontrara involucrado un menor debía celebrarse a puertas cerradas obligatoriamente,

no sucede lo mismo con el régimen vigente, a partir de la sanción de la Ley XV - N° 9 (Antes 5.478), tal como surge de la norma ya citada -que establece, de manera expresa, que puede llevarse a cabo de cualquiera de las dos formas-.-

Sin perjuicio de ello, corresponde destacar también que el fundamento para disponer que el acto se realice a puertas cerradas, es una excepción al principio de publicidad, que tiene como finalidad la protección integral de los derechos del menor, como así también evitar la estigmatización a la que puede ser sometido con ella, pero no el que esgrime el recurrente -carga emotiva que le impidió, por temor a represalias y familiares, señalar la conducta que realmente habían desarrollado los coimputados A., S. y P. en el evento bajo análisis-. En apoyo de ello, estimo pertinente destacar que “ ... la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reforzando el alcance del principio de publicidad del juicio penal, se expidió expresando que las limitaciones legalmente autorizadas tienen un **carácter sumamente excepcional** y de **interpretación restrictiva** ... ” (cfme. Jauchen, Eduardo: “Tratado de Derecho Procesal Penal”, T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, año 2012, pág. 366, el destacado no pertenece al original).

La excepcionalidad de la limitación que ahora reclama la Defensa, no sólo no fue demostrada, sino que tampoco fue reclamada en el momento oportuno. También, y teniendo en cuenta que el recurrente alega el sometimiento arbitrario a debate oral y público, debe destacarse que “ ... *es menester tener presente que la doctrina de la arbitrariedad posee un*

carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (Fallos 295:140; 329:2206 y sus citas; 330:133, entre otros). Aspectos que no han sido demostrados por la parte impugnante en su recurso de casación, circunstancia que obsta a la procedencia de su planteo ... ” (CFCP, Sala IV, “S., J. C. s/ recurso de casación”, causa N° 15468, rta. el 22/03/2013 -voto del Dr. Mariano Borinsky-).

Por la suma de los argumentos desarrollados, entiendo que la impugnación ordinaria interpuesta por la Defensa de **L.** con respecto a este agravio, debe ser desestimada.

2) En lo concerniente al cuestionamiento formulado, respecto de la participación del imputado **E. L.** en el hecho que derivara en el deceso de G. A. Ñ., habré de adherir a los argumentos desarrollados por los colegas que me preceden en el orden de votación, a favor de la confirmación de la sentencia.-

En efecto, más allá de la alegación ensayada por la Defensa en el sentido de que jamás se le secuestró arma alguna, y que a pesar de haber sido detenido rápidamente no se le obtuvieron muestras para efectuar la prueba de dermonitrotest, debo recordar que tales circunstancias no pueden ser consideradas como prueba de descargo.-

Amén de ello, la cadena indiciaria detrás de la cual se encolumnaron los integrantes del Tribunal de juicio para arribar a la conclusión objetada, a mi entender, ostenta una seriedad, convergencia y

univocidad que no puede soslayarse.-

Así, se han meritado las declaraciones de los testigos que presenciaron la secuencia en la que se desencadena el incidente entre el imputado A. y G. A. Ñ. y la posterior persecución de la víctima por parte de L. y otra persona. En tal sentido, J. J. C. expresó que había concurrido al lugar con otros dos amigos y que estando en el local “Rincón de los Amigos” se suscitó una discusión entre los nombrados, en el exterior del local, y al advertir esta situación H. H. Ñ. -hermano de aquel- salió también, y detrás de él, lo hicieron un grupo de entre cinco y seis personas entre las que se encontraba L. y se desató una pelea entre los dos hermanos y el grupo referido. Todo ello fue muy rápido y muy confuso. No obstante, continuó, observó la corrida ya mencionada y luego los perdió de vista; a los pocos segundos de esto, alcanzó a escuchar una detonación que provenía del lugar hacia el que corrieron.

La secuencia precedentemente descrita se complementa con los dichos de los jóvenes F. N. A. y N. A. N., quienes expresaron que el día del hecho alrededor de las 3.30 horas salieron a comprar y se dirigían a la Estación de Servicios “Petrobrás” y en el trayecto, escucharon una detonación y tras ello, transcurridos unos segundos, pasó corriendo un joven que lo hacía con mucha dificultad, muy agitado y herido, ya que rengueaba y le vieron sangre en la espalda. Detrás de él, aparecieron dos sujetos uno de los cuales extrajo un arma de la cintura y apuntándoles, les exigió la entrega de los celulares que no llevaban consigo. Acto seguido, según puntualizaran en la audiencia, uno de ellos dice “vamos por el otro” y salen corriendo en la

misma dirección hacia la que corriera el herido y luego alcanzan a escuchar una voz que decía “tirále, tirále”.

Estos dos testigos consignaron que el arma era un revólver pequeño y con mayor precisión, manifestando conocer de armas, N. dijo que se trataba de un calibre 22. Aduno que el nombrado, convocado a un acto de reconocimiento en rueda de personas, luego de efectuar un detalle acerca de las características del individuo al que hiciera referencia reconoció sin dudar a **E. L.**.

En consecuencia, si bien nadie observó el momento en que se produjera el disparo, y toda vez que A. y N. vieron el arma en manos del imputado y tanto estos como quienes se encontraban en el local “El R. de los A.” -C., M., entre otros-, o en las proximidades -el testigo B. B. S. que se hallaba cumpliendo funciones de sereno en el Hotel “L. L.”- oyeron el estampido; cabe concluir que se encuentran verificados los extremos como para avalar el pronunciamiento, con excepción del concurso real con lesiones leves en agresión, por no ser punible según ley 22.278 (art.. 2).-

En efecto, si bien es cierto que, en principio, el tribunal del recurso tiene una competencia funcional limitada a la materia recurrida - principio devolutivo y garantía de imparcialidad de la Alzada-; no lo es menos que, en algunas ocasiones, también se tolera que se resuelvan cuestiones de oficio, en la medida que aquellos principios y garantías fundamentales, lo son únicamente a favor del imputado, y se entiende que la parcialidad favorable al reo como excepción al principio acusatorio, no lesiona derecho básico alguno.-

En apoyo de lo expuesto, se enseña en la doctrina nacional que: “Si bien es cierto que la etapa recursiva se caracteriza por su carácter dispositivo ..., lo que implica que el Tribunal *ad quem* puede conocer solo en la medida que existe un recurso y en la extensión que este lo plantea, de ninguna manera significa que aquél sea absoluto, pues *también reconoce limitaciones, fruto del derecho al cual el proceso sirve*. Así, no podrían entenderse los efectos extensivos del recurso, la posibilidad de que el mismo fiscal recurra la condena del imputado ... en el mismo sentido corresponde agregar la vigorosa creación pretoriana del recurso interpuesto *in pauperis forma*, que carecería de todo sentido si aplicáramos una interpretación extrema del carácter dispositivo de los recursos,... Es que si el Derecho procesal penal aprovecha todas las oportunidades para intentar la corrección de vicios o errores que puedan afectar al imputado, *de ningún modo puede invocarse el principio de que nadie puede alegar su propia torpeza o la doctrina de los actos propios, ajenos por definición al Derecho penal, para denegar la posibilidad de reexaminar una condena*” (cfme. Eugenio C. Sarrabayrouse, análisis del fallo de la CSJN “Garrafa, Carlos Francisco”, del 31/10/06, publicado en “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, tomo 6, edit. hammurabi, mayo 2009, págs. 197 y ss., citado, entre otros, en mi voto de la sentencia n° 6/13). Precedente en el que también se recordó la vigencia del art. 369, 1er. párrafo, del CPP, que deja a salvo del principio devolutivo de las impugnaciones, el debido “control de constitucionalidad”, en particular en el caso el principio de *lex stricta*.-

3) Tal como lo reseñara en la audiencia del art. 385 del CPP, el representante del Ministerio Público, con intervención en el caso, no obstante los lineamientos que en la materia ha diseñado la Defensoría General de la Provincia a través de Resolución N° 192/12 D.G., el criterio de esta Cámara ya reiterado en plurales pronunciamientos -que el Defensor Jefe de la Circunscripción Judicial de Sarmiento hubiera de enumerar y al que solo cabe remitirse-, es a favor de la continuidad de la aplicación de medidas socio-educativas, en supuestos como el presente, aún más allá de los dieciocho años de edad -recordemos, la edad en que el ordenamiento jurídico civil argentino fija como límite de la minoridad-.-

En efecto, para ello se tiene en cuenta la jurisprudencia sentada por la CSJN en la materia, a partir de la causa “M., D. E. y otro s/ Robo agravado...” -M.1.022.XXXIX, sentencia del 7/12/2005, citada en nuestros votos de las sentencias n° 19/11 y 4/14-; precedente en el que el Máximo Tribunal destacó que “...existe en la normativa de la ley 22.278 un aspecto que no aparece en el Código Penal: la facultad y el **deber del juez** de ponderar la ‘necesidad de la pena’”, agregando a continuación que esta “...‘necesidad de la pena’ ... **en modo alguno** puede ser equiparado a ‘gravedad del hecho’ o a ‘peligrosidad’ ...”, sino que “... la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el **mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización**, o para decirlo con las palabras de la **Convención del Niño**, a ‘la importancia de promover

la reintegración social del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad’ (**art. 40, inc. 1ro.**)” -el destacado no pertenece al original.-

Más recientemente, en la sentencia N° 20/14 del 31/07/14, dictada en la Carpeta judicial N° 1017 de la Circunscripción Judicial de Sarmiento, se recordó que con posterioridad al caso mencionado en el párrafo precedente, la CSJN ha vuelto a expedirse en torno a la cuestión, en Fallos, 332:512 (de fecha 17/03/2009), remarcando que la determinación de la pena a un adolescente debía llevarse a cabo ponderando los lineamientos de la CIDN, no quedando así sujeta de manera exclusiva a las normas del régimen penal de la minoridad, y siempre con una finalidad de prevención especial positiva.

El Tribunal Cívero de la Nación sostuvo: “...en la sentencia en recurso no se han respetado las exigencias derivadas de las normas legales y constitucionales aplicables al caso. En efecto, la decisión de la Cámara de Casación Penal no exhibe argumento alguno que permita entender por qué se consideró eximida de la obligación de fundar la ‘necesidad de pena’ en los antecedentes del menor, **en el resultado del tratamiento tutelar** y en la impresión directa de aquél, tal como lo exige el art. 4° de la ley 22.278, según el **fin claramente resocializador** que se reconoce a la pena impuesta por hechos cometidos por jóvenes menores de edad” (consid. 11) (el destacado no pertenece al original).-

En relación al fallo que se viene comentando, corresponde señalar que: “ ... nos parece **de suma importancia**, en un momento histórico en el cual parece resquebrajarse el trato judicial

diferenciado a la infancia cuando las personas imputadas alcanzan la mayoría de edad, que **la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya avalado la extensión de la protección especial más allá de los dieciocho años de edad**, al ponderar en el caso concreto la aplicación de la **normativa específica**” (cfme. Diego Freeman y Martiniano Terragni: “Algunos interrogantes sobre el proceso penal juvenil. Comentario al fallo ‘A. A. M.’ de la Corte Suprema”, publicado en “Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, t. 11, edit. hammurabi, Buenos Aires, año 2011, pág. 242, el destacado ha sido agregado al original) -extremo que considero enteramente aplicable al presente, venido en impugnación ordinaria, ya que es una interpretación preferible a la opuesta, mucho más restrictiva; que consistiría en que, a partir de la sanción de la ley 26.579, que redujo la mayoría de edad civil, fijándola en los 18 años, no resulta ya posible la aplicación del tratamiento tutelar, debido a que dicha mayoría de edad haría cesar de pleno derecho, la disposición-.

Se destaca que en contra de la decisión N° 20/2014, la Defensa interpuso impugnación extraordinaria que, rechazada por este Tribunal mediante auto interlocutorio N° 26/14 del 1/09/2014, fue recurrida en queja ante la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia, órgano que desestimó dicha vía a través de sentencia N° 097/2014 del 17 de noviembre de 2014.-

Estimo pertinente señalar también que, en el precedente en comento, se destacó que el CPP de la Provincia del Chubut prescribe en su art. 409, inc. 3° *in fine* que: “La sentencia sobre el adolescente se limitará,

en todos los casos, al veredicto de culpabilidad o inocencia, sin fijar la pena aplicable, y, a su respecto, el debate sobre la pena será realizado posteriormente, conforme al artículo 343 **en el momento en que pueda decidirse sobre ella según las condiciones fijadas por la ley penal especial**”; es decir, la ley nacional 22.278. Por su parte, la norma citada en su último párrafo dispone en forma terminante, y en línea con todo cuanto venimos exponiendo, que: “**Nunca** se impondrá pena si esta decisión no es precedida de **una acción** tendiente a **ofrecer una posibilidad razonable** de que el adolescente **supere** las circunstancias que originaron el proceso criminal seguido en su contra” (el destacado ha sido agregado al original).-

Corresponde por ende, revocar el punto 3° de la sentencia, y ordenar el reenvío parcial a fin de se realice un tratamiento tutelar respecto de **E. L.**, consistente en la imposición de medidas socio-educativas, de acuerdo a lo peticionado por el Ministerio Pupilar, cuyas modalidades deberán ser discutidas en una audiencia a celebrarse en la presente causa por otro Tribunal distinto del que ha intervenido hasta el presente, el cual deberá ser conformado por la Oficina Judicial de la ciudad de Sarmiento.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MONTENOVO** dijo:

De acuerdo al resultado al que se ha arribado en la cuestión precedente, propongo que se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la nulidad del debate articulada por la Defensa de E. L.; confirmar parcialmente la Sentencia N° 1100/2014, en cuanto declara al mencionado ut supra, autor penalmente responsable del delito de Homicidio

simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del C.P.) por los hechos ocurridos el día 4 de marzo 2014 en perjuicio de G. A. Ñ.; declarar no punible a E. L. y sobreseerlo en orden al delito de Lesiones leves en agresión; revocar el punto 3º) de dicha sentencia en cuanto rechaza las medidas socio-educativas peticionadas respecto de L. y disponer la realización de una amplia información sobre su conducta; ordenar la realización de un tratamiento tutelar respecto del nombrado, consistente en la imposición de medidas socio-educativas, de acuerdo a lo peticionado por el Ministerio Pupilar, cuyas modalidades deberán ser discutidas en una audiencia a celebrarse en la presente causa por otro Tribunal distinto del que ha intervenido hasta el presente, el cual deberá ser conformado por la Oficina Judicial de la ciudad de Sarmiento; revocar parcialmente el punto 4º) de la sentencia en tanto condena a M. Á. A. y R. N. P. a la pena de 60 días de prisión de ejecución condicional como coautores del delito de lesiones leves en agresión agravadas por la participación de un menor de edad (arts. 95, 96, 41 quater, 26, 45 CP 239 y ss. del CPPCh), por el hecho ocurrido el día 4 de marzo 2014 en perjuicio de H. H. Ñ.; hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa de los acusados aludidos y ordenar la realización de una audiencia a los efectos de la sustanciación del pedido de suspensión juicio a prueba articulado en los alegatos finales de la audiencia de debate en la presente causa, para ello el Director de la Oficina Judicial de Sarmiento deberá desinsacular un Magistrado distinto de los que compusieron el Tribunal que ha intervenido hasta el presente; y confirmar parcialmente el punto 4º) de la sentencia N° 1100/14 en tanto condena a P. L. S. como

coautor del delito de Lesiones leves agravadas por la participación de un menor de edad (arts. 95, 96, 41 quater, 26 y 45 del CP y 239 y ss del CPP), por el hecho ocurrido el día 4 de marzo 2014 en perjuicio de H. H. Ñ.-

Asimismo corresponde regular los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de 30 JUS (Ley XIII, N° 15, modificatoria de la Ley XIII N° 4 (antes Ley 2.200).-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **MÜLLER** dijo:

Atento al tratamiento de la primera cuestión, adhiero a lo propuesto por el colega que vota ut supra, por lo que corresponde que se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la nulidad del debate articulada por la Defensa de E. L.; confirmar parcialmente la Sentencia N° 1100/2014, en cuanto declara al mencionado ut supra, autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del C.P.) por los hechos ocurridos el día 4 de marzo 2014 en perjuicio de G. A. Ñ.; declarar no punible a E. L. y sobreseerlo en orden al delito de Lesiones leves en agresión; revocar el punto 3°) de dicha sentencia en cuanto rechaza las medidas socio-educativas peticionadas respecto de L. y disponer la realización de una amplia información sobre su conducta; ordenar la realización de un tratamiento tutelar respecto del nombrado, consistente en la imposición de medidas socio-educativas, de acuerdo a lo peticionado por el Ministerio Pupilar, cuyas modalidades deberán ser discutidas en una audiencia a celebrarse en la presente causa por otro Tribunal distinto del que ha intervenido hasta el presente, el cual deberá

ser conformado por la Oficina Judicial de la ciudad de Sarmiento; revocar parcialmente el punto 4º) de la sentencia en tanto condena a M. Á. A. y R. N. P. a la pena de 60 días de prisión de ejecución condicional como coautores del delito de lesiones leves en agresión agravadas por la participación de un menor de edad (arts. 95, 96, 41 quater, 26, 45 CP 239 y ss. del CPPCh), por el hecho ocurrido el día 4 de marzo 2014 en perjuicio de H. H. Ñ.; hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa de los acusados aludidos y ordenar la realización de una audiencia a los efectos de la sustanciación del pedido de suspensión juicio a prueba articulado en los alegatos finales de la audiencia de debate en la presente causa, para ello el Director de la Oficina Judicial de Sarmiento deberá desinsacular un Magistrado distinto de los que compusieron el Tribunal que ha intervenido hasta el presente; y confirmar parcialmente el punto 4º) de la sentencia N° 1100/14 en tanto condena a P. L. S. como coautor del delito de Lesiones leves agravadas por la participación de un menor de edad (arts. 95, 96, 41 quater, 26 y 45 del CP y 239 y ss del CPP), por el hecho ocurrido el día 4 de marzo 2014 en perjuicio de H. H. Ñ.-

Igualmente adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

A la **SEGUNDA** cuestión el Dr. **PINTOS** dijo:

En orden al resultado al que se ha llegado en la cuestión precedente por unanimidad, adhiero entonces a lo propuesto por mis colegas, y para que se dicte el siguiente pronunciamiento: no hacer lugar a la nulidad del debate articulada por la Defensa de E. L.; confirmar parcialmente la

Sentencia N° 1100/2014, en cuanto declara al mencionado *ut supra*, autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del C.P.) por los hechos ocurridos el día 4 de marzo 2014 en perjuicio de G. A. Ñ.; declarar no punible a E. L. y sobreseerlo en orden al delito de Lesiones leves en agresión; revocar el punto 3°) de dicha sentencia en cuanto rechaza las medidas socio-educativas peticionadas respecto de L. y disponer la realización de una amplia información sobre su conducta; ordenar la realización de un tratamiento tutelar respecto del nombrado, consistente en la imposición de medidas socio-educativas, de acuerdo a lo peticionado por el Ministerio Pupilar, cuyas modalidades deberán ser discutidas en una audiencia a celebrarse en la presente causa por otro Tribunal distinto del que ha intervenido hasta el presente, el cual deberá ser conformado por la Oficina Judicial de la ciudad de Sarmiento; revocar parcialmente el punto 4°) de la sentencia en tanto condena a M. Á. A. y R. N. P. a la pena de 60 días de prisión de ejecución condicional como coautores del delito de lesiones leves en agresión agravadas por la participación de un menor de edad (arts. 95, 96, 41 quater, 26, 45 CP 239 y ss. del CPPCh), por el hecho ocurrido el día 4 de marzo 2014 en perjuicio de H. H. Ñ.; hacer lugar a la impugnación deducida por la Defensa de los acusados aludidos y ordenar la realización de una audiencia a los efectos de la sustanciación del pedido de suspensión juicio a prueba articulado en los alegatos finales de la audiencia de debate en la presente causa, para ello el Director de la Oficina Judicial de Sarmiento deberá desinsacular un Magistrado distinto de los que compusieron el Tribunal que

ha intervenido hasta el presente; y confirmar parcialmente el punto 4°) de la sentencia N° 1100/14 en tanto condena a P. L. S. como coautor del delito de Lesiones leves agravadas por la participación de un menor de edad (arts. 95, 96, 41 quater, 26 y 45 del CP y 239 y ss del CPP), por el hecho ocurrido el día 4 de marzo 2014 en perjuicio de H. H. Ñ.-

De la misma manera adhiero a la regulación de honorarios profesionales propuesta.-

Por las consideraciones de hecho y de derecho efectuadas definitivamente este Tribunal por unanimidad,

-----**RESUELVE:**-----

1°) NO HACER LUGAR a la nulidad del debate articulada por la Defensa de E. L. arts. 409 inc. 1, 162 y 163 del CPPCh.-----

2°) CONFIRMAR parcialmente la Sentencia N° 1100/2014, en cuanto declara a E. L. autor penalmente responsable del delito de Homicidio simple agravado por el uso de arma de fuego (arts. 79 y 41 bis del C.P.) por el hecho ocurrido el día 4 de marzo 2014 en perjuicio de G. A. Ñ.-----

3°) DECLARAR no punible a E. L. y sobreseerlo en orden al delito de Lesiones leves en agresión (arts. 95 y 96 del C.P. y 285 inc. 4° C.P.P.).-----

4°) REVOCAR el punto 3°) de dicha sentencia en cuanto rechaza las medidas socio-educativas peticionadas respecto de E. L. y disponer la realización de una amplia información sobre su conducta (art. 8 de la Ley 22.278).-----

5°) ORDENAR la realización de un tratamiento tutelar respecto de E. L., consistente en la imposición de medidas socio-educativas, de acuerdo a lo peticionado por el Ministerio Pupilar, cuyas modalidades deberán ser discutidas en una audiencia a celebrarse en la presente causa por otro Tribunal distinto del que ha intervenido hasta el presente, el cual deberá ser conformado por la Oficina Judicial de la ciudad de Sarmiento (arts. 4 de la Ley 22.278, 77 inc. 2, 402, 405 párrafo 3°, 411 del CPPCh).-----

6°) HACER LUGAR a la impugnación deducida por la Defensa de los acusados M. Á. A. y R. N. P. y **REVOCAR** parcialmente el punto 4°) de la sentencia referida en tanto condena a los nombrados a la pena de 60 días de prisión de ejecución condicional como coautores del delito de lesiones leves en agresión agravadas por la participación de un menor de edad (arts. 95, 96, 41 quater, 26, 45 CP 239 y ss. del CPPCh), por el hecho ocurrido el día 4 de marzo 2014 en perjuicio de H. H. Ñ.-----

7°) ORDENAR la realización de una audiencia a los efectos de la sustanciación del pedido de suspensión juicio a prueba articulado en los alegatos finales de la audiencia de debate en la presente causa, para ello el Director de la Oficina Judicial de Sarmiento deberá desinsacular un Magistrado distinto de los que compusieron el Tribunal que ha intervenido hasta el presente (arts. 76 bis y ss del CP, 49, 77 Inc. 2 y 291 del CPP).-----

8°) CONFIRMAR parcialmente el punto 4°) de la sentencia N° 1100/2014 en tanto condena a P. L. S. como coautor del delito de lesiones leves agravadas por la participación de un menor de edad (arts. 95, 96, 41 quater,

26 y 45 del CP y 239 y ss del CPP), por el hecho ocurrido el día 4 de marzo 2014 en perjuicio de H. H. Ñ.....

9º) REGULAR los honorarios profesionales de la Defensa Pública por la labor desarrollada en la etapa de impugnación en la suma de 30 JUS (Ley XIII, N° 15, modificatoria de la Ley XIII N° 4 (antes Ley 2.200)).-----

10º) Cópiese, protocolícese, notifíquese.-----

Sentencia n° 7/15

Fdo. Dres. Martín Roberto Montenovo. Guillermo Alberto Müller. Daniel Luis María Pintos.-