

T.O.M. 1 - CAUSA NRO. 3378/3470. 4 ó 5 de abril de 2005.-

EXPOSICIÓN DE LOS MOTIVOS DE HECHO Y DE DERECHO EN QUE SE FUNDAMENTA EL VEREDICTO DEL TRIBUNAL ORAL DE MENORES NRO 1 DE LA CAPITAL FEDERAL, CORRESPONDIENTE A LA CAUSA NRO. 3378/3470 SEGUIDA CONTRA MATÍAS EZEQUIEL MILLORINI, CÉSAR CARLOS MILLORINI Y JUANA CECILIA GODOY DE FECHA 18 DE MARZO DE DOS MIL CINCO.

A) Los Doctores Marcelo Enrique Arias y Eduardo Osvaldo Albano dijeron:

I.- HECHOS PROBADOS

1.- A través de las comprobaciones efectuadas en el debate, se tiene por cierto que el 5 de abril de 2002, aproximadamente a la hora 09:20, Matías Ezequiel Millorini y Claudio Enrique Bonelli ingresaron a la confitería denominada “La Villette”, sita en la intersección de las calles Salguero y Juncal, con entradas por ambas arterias numeradas 2296 y 3300 respectivamente, con fines de robo y munidos de sendas armas de fuego.

A tales efectos, el segundo lo hizo por la puerta de Salguero, esgrimiendo el revólver calibre 38 corto marca “British Bulldog”, apto para el disparo, de funcionamiento anormal, cargado con seis proyectiles calibre 38 corto, con ojivas de plomo, aptos para ser disparados, en tanto el primero entró por la de Juncal portando de manera intimidatoria, un revólver calibre 38 largo o Special, apto para el disparo cargado con por lo menos un proyectil del mismo calibre procediendo, de inmediato, a exhortar a los parroquianos la entrega de sus billeteras y dinero mediante frases tales como “pongan todas las billeteras sobre la mesa” -Bonelli- “las billeteras, entreguen las billeteras” Millorini.

Mientras Bonelli se apoderaba de las billeteras de los clientes Martín Campbell y Fernando De Benedetto, ubicados en una mesa próxima a la entrada de Salguero -ver plano de fs. 99- Millorini lo hacía en el sector opuesto, esto es próximo a la entrada de Juncal el cual, tras apuntar al

mozo Garnica al pecho e intimarlo para que se moviera -“vos correte” le espetó-, encaró a un cliente ubicado en una mesa cercana a la puerta de Juncal -ver mismo croquis- que resultó ser el Oficial Principal de la Policía Federal Adrián Luis Falduto, el cual extrajo su arma reglamentaria y se trabó en lucha con el nombrado, tomándose ambos las manos que portaban las armas, apuntando hacia arriba, momento en que se produce un disparo ejecutado por el Principal Falduto, el cual impactó en la puerta de la cocina y luego en una piletta de acero inoxidable, al tiempo que los contrincantes se desplazaban por el salón derribando mesas hasta llegar al sector ocupado por la cliente Analía Diana Narosky, cayendo el policía junto a la nombrada. En ese ínterin, Bonelli alertado por el disparo de Falduto acudió presurosamente al lugar en auxilio de su cómplice, efectuando un disparo que penetró por la espalda de Falduto en tanto éste, disparó contra el agresor dos veces, impactando un proyectil en la vidriera que da sobre la calle Juncal y el otro, tras perforar un servilletero y la referida vidriera, rozó el brazo de Bonelli y penetró en el tórax del nombrado causándole la muerte. En la refriega Bonelli había efectuado otro disparo contra el policía Falduto que lesionó a Millorini penetrando en la parte posterior del muslo de su pierna izquierda y un tercero que no salió.

Finalmente, Millorini efectuó un disparo a quemarropa en la cara de Falduto, que estaba caído y herido en la espalda, tras lo cual salió del local intentando subir a Bonelli, que estaba muy mal herido, sino muerto sobre la acera, al rodado marca Peugeot 405, Dominio RVA-399 que había sido sustraído el día anterior a su propietario Juan José Ventura Ramón en la localidad de Olivos y con el cual arribaron al lugar del hecho, el que estaba estacionado en doble fila frente a la entrada de Juncal con el motor en marcha, la puerta trasera derecha abierta, y el coimputado César Carlos Millorini al volante, sin lograrlo, razón por la cual lo abandonó en el lugar ante el apremio del conductor que gesticulaba y gritaba “dale, dale, que viene”, para arrancar de inmediato el vehículo a toda velocidad por la calle Salguero hacia el norte, doblando luego a la izquierda por French.

Como consecuencia del suceso, resultaron muertos el cómplice de Millorini, Claudio Enrique Bonelli y el Oficial Principal Adrián Luis Falduto, secuestrándose en poder del primero las billeteras y el dinero sustraídos a los clientes del bar entre otros efectos y, junto a su cuerpo, el arma descripta más arriba con la cual había ingresado al comercio, conteniendo cuatro cartuchos en su tambor. También se halló en su poder un papel conteniendo el número de un teléfono celular 1 5119-3947 y el nombre Matías, que luego se determinó era 155119-3947 perteneciente a la madre de Matías Millorini, la coencausada Godoy, lo que permitió orientar la investigación y establecer a través de las escuchas telefónicas obtenidas en las comunicaciones entabladas entre ese celular y el teléfono del domicilio del menor, que éste se había refugiado en la casa de su abuela Cecilia Bernardina Godoy, sita en la calle 48 y French de Zárate, Provincia de Buenos Aires, donde fue aprehendido. César Carlos Millorini, a su vez, fue detenido en las inmediaciones de su domicilio en la localidad de Munro, Provincia de Buenos Aires.

2.- También se ha comprobado que, en las circunstancias de tiempo y lugar reseñadas en el punto precedente, el imputado Matías Millorini y su cómplice Claudio Bonelli dieron muerte, de la manera narrada en el mismo apartado, al Oficial Principal de la Policía Federal Adrián Luis Falduto cuando éste, que ocupaba unas de las mesas del bar, se constituyó en un obstáculo para los fines de los asaltantes, al darse a conocer como policía y trabarse en lucha con el primero, razón por la cual Bonelli le disparó en tres oportunidades, impactando uno de los proyectiles en la espalda del oficial en tanto Millorini, cuando la víctima se hallaba caída, le disparó a escasos centímetros de su cara en la región preauricular derecha, impactos éstos que causaron lesiones que determinaron la muerte del policía, todo ello con la evidente finalidad de consumar el robo que ya estaba en vías de concreción, dado que Bonelli tenía en su poder dinero sustraído a las víctimas, de lograr la impunidad y por la frustración del asalto.

3.- Igualmente se tiene por acreditado que en tales circunstancias -las anteriormente descritas- Matías Ezequiel Millorini y César Carlos Millorini tuvieron en su poder las armas descritas en el apartado primero y que se utilizaran en el atraco, tenencia ésta compartida dado que las armas estuvieron a su disposición, para lo cual carecían de la correspondiente autorización legal.

4.- Por último se tiene por comprobado que César Carlos Millorini entre las 08.30 del 4 de abril de 2002 y hasta momentos antes de las 09.20 del 5 de mismo mes y año, recibió el rodado Peugeot 405 color gris dominio RVA-399 propiedad de Juan José Ventura Ramón, que sabía proveniente de un delito, toda vez que le había sido sustraído a su titular en la primera fecha mencionada a las 08.30 frente al Nro. 2369 de la cale Olaguer y Feliú de la localidad de Olivos, Provincia de Buenos Aires, beneficiándose económicamente, dado que el rodado fue utilizado para perpetrar el robo ventilado en esta causa.

II. PRUEBA.-

Lo precedentemente afirmado se comprueba de la siguiente manera.

1.- Testimonial rendida en la audiencia.

a) Con la declaración de **Analía Diana Narosky**, quien manifestó en la audiencia que se hallaba ubicada en una mesa de la confitería frente a la entrada de Juncal, junto a la heladera y cercana a la pared, según graficó en la pizarra de la sala -coincidente con el croquis de fs. 99- leyendo el diario, cuando se produjo el ingreso de los sujetos que habrían de perpetrar el robo. Que el custodio de Ruckauf, estaba sentado en una mesa junto a la vidriera por la entrada de Juncal. Con relación al episodio en sí que causara la muerte de Falduto, señaló que éste al manifestarse el asalto, se levantó de la mesa portando un arma de fuego que dirigió hacia arriba; se acercó al delincuente con la evidente intención de desarmarlo para lo cual asió su mano. De tal forma, se trabaron en lucha pugnando por el control de las armas que

llevaban, ambos apuntando hacia arriba, a la vez que se desplazaban por el salón, en dirección a donde estaba la testigo, derribando mesas a su paso. Que ella atinó a apoyarse contra la pared tapándose la cara, cuando empezó a oír disparos y ruidos de cuerpos que caían, hasta escuchar los últimos disparos que iban dirigidos hacia el piso. Aclaró ante preguntas formuladas por las partes, que cuando hizo referencia a estos disparos, el oficial estaba caído y que según su impresión, durante el forcejeo, el delincuente tenía el arma apuntando hacia arriba, porque así lo obligaba el accionar de Falduto que le tenía tomada la mano. Que alcanzó a ver afuera un auto gris o azul al cual subió uno de los asaltantes saliendo para Salguero al norte. Que luego cerraron el bar y los dejaron adentro pudiendo ver que por la televisión pasaban imágenes del asalto en las que se observaba que afuera había un muerto que no era el sujeto con el cual había forcejeado Falduto.

b) Con los dichos de **Martín Campbell** quien, junto con su pareja Ana Lía Sarmiento y Fernando De Benedetto, estaba sentado en una mesa de espaldas a la entrada de Salguero -ver n° 1, 2 y 3 de fs. 99- cuando percibe la presencia de un sujeto que habría entrado por Salguero el cual, a mano armada, les exigía que colocaran las billeteras sobre la mesa. Que así lo hizo, pidiéndole al ladrón que tome el dinero y le devuelva la billetera cuando, en ese momento, escucha ruidos y seguidamente un disparo proveniente del sector de Juncal. Que el delincuente que les estaba robando se dirigió a ese lugar y se escucharon más disparos. A todo esto el dicente y sus acompañantes se habían tirado debajo de la mesa, motivo por el cual nada más pudieron ver. Recién después de los hechos, observaron que el muerto que estaba afuera era el delincuente que los robó. Agregó que logró recuperar lo que le fuera sustraído.

c) En el mismo sentido declararon sus acompañantes **Ana Lía Sarmiento** y **Fernando De Benedetto**, quienes narraron el episodio en parecidos términos, señalando la primera que vio entrar por Salguero al asaltante y el segundo que él también entregó su billetera. Que se tiraron al piso cuando empezaron a escuchar los disparos, no pudiendo ver lo que

pasaba, además de que todo ocurría en el otro sector detrás de la barra que es bastante alta e impide la visual cuando se está sentado a la mesa. Ambos observaron que el delincuente que entró por Salguero se dirigía hacia Juncal al empezar la refriega. Dijo De Benedetto que se produjo una seguidilla de disparos cuando los robaban y que finalmente el que se apoderó de sus efectos quedó muerto en la calle.

d) Igualmente, con las manifestaciones de **Alfredo Oscar Nalvanti**, cliente de la confitería que estaba sentado en una mesa ubicada en la ochava -ver fs. 99- leyendo el diario, cuando escuchó unos ruidos y al levantar la vista vio a un muchacho armado que había entrado por Salguero, que estaba asaltando a la familia Campbell. Seguidamente a sus espaldas escuchó un disparo y luego otros más, razón por la cual salió por Salguero a la carrera junto a otros clientes derribando mesas, hasta que se refugiaron en un garaje contiguo. De allí nada más pudo ver.

e) Concuerda con lo anteriores el testimonio de **Fernando Osvaldo Garnica** al cual, al manifestarse de manera contradictoria con sus expresiones en la instrucción -fs. 41 y 471-, se le dio lectura de estas las que ratificó íntegramente.

Dijo Garnica que, cuando conversaba con Falduto ubicado junto a la entrada de Juncal, un sujeto que se le paró al lado, lo apuntó con un arma y le dijo “vos correte”, razón por la cual se fue a la cocina escuchando con posterioridad ruidos y disparos viendo, finalmente, que el oficial estaba herido y caído en el piso.

f) La declaración de **Néstor Fabián Maciel** quien manifestó que, en las circunstancias de autos, se hallaba trabajando en la cocina de la confitería, oportunidad en la que escuchó voces, algunas bastante fuertes provenientes del salón, lo que no le llamó la atención porque suele ocurrir que los concurrentes al local hablen a la vez y en tono elevado cuando, en determinado momento, escuchó un disparo y luego otro que impactó en la cocina, lo que le produjo temor ocultándose detrás de una pared. Que logró

fugazmente ver, a través del vidrio, que una persona salía del bar con una campera azul la que, a su entender, es la que luego quedó tendida en la calle. Que alcanzó a escuchar tres disparos, el último distanciado de los dos primeros. Leída que le fue su declaración de fs. 1372 la ratificó pero aclaró que no vio el forcejeo entre la víctima y el asaltante que aparece consignada en su declaración.

g) El testimonio de **Claudia Alicia Negrín**, quien se desempeña como supervisora del comercio, la que manifestó que se encontraba desayunando en una mesa cercana al ventanal que da a la calle Juncal -ver . n° 7 de fs. 99- cuando ve ingresar a un sujeto por esa entrada que no recuerda cómo era el que sacó un arma, trezándose luego con el policía que se levantó de su mesa, lo que ocurrió frente a ella. Pudo ver que forcejeaban y se desplazaban hasta caer sobre una mesa o al piso ambos forcejeando. A partir de allí nada más vio porque se refugió en la cocina escuchando disparos sin poder precisar cuántos y cómo fue la secuencia. Leídas que le fueron sus declaraciones de fs. 148 y 468, en las que efectuó una descripción de las características fisonómicas y de vestimenta del sujeto que entro por Juncal, como también del arma que portaba, las ratificó íntegramente, aunque aclaró que lo hace porque seguramente así lo dijo en su momento, pero que actualmente no lo recuerda, dado que ha tenido que seguir concurriendo a ese lugar donde trabajaba, lo que le provoca una especie de rechazo a recordar lo sucedido.

h) La declaración prestada por **José Domingo Martínez**, encargado de la confitería, el cual se hallaba ubicado detrás de la barra en el momento de producirse los hechos -ver. n° 6 de fs. 99- expresando que pudo observar primero la entrada de un sujeto por la puerta de calle Salguero y otro por la de Juncal, los cuales rápidamente manifestaron sus propósitos de robo, extrayendo sendas armas de fuego. Que ante ello y por temor se tiró al piso detrás de la barra, desde donde escuchó gritos, ruidos y también disparos -tres o cuatro-. Cuando todo pasó pudo ver a la persona herida en el salón y al delincuente muerto en el exterior. Que supo por comentarios que la persona

herida que luego falleció y a quien conocía como un policía que frecuentaba el bar, se había trabado en lucha con uno de los asaltantes.

i) **El Cabo Primero de la Policía Federal Carlos Roberto Juárez** dijo, en la audiencia, que se hallaba de parada en las proximidades de Araoz y Juncal, dando seguridad a la zona por existir una sinagoga sobre la primera de las calles mencionadas. Que escuchó disparos provenientes de Salguero y Juncal, razón por la cual se dirigió presurosamente al lugar, viendo que un automóvil salía a toda velocidad tomando Salguero en dirección al norte. Que al arribar al bar, se encontró con un cuadro de gran confusión, gente que gritaba, una persona aparentemente fallecida en la calle y otra herida en el interior, pidiendo de inmediato cooperación policial, la que arribó a los pocos instantes.

Leídas que le fueron sus declaraciones de fs. 75 y 750, las ratificó íntegramente, recordando algunos detalles, como que al ir llegando a la confitería vio que un sujeto arrastraba a otro por la vereda y luego un auto que arrancaba a gran velocidad con la puerta trasera derecha abierta, el que iba ocupado por dos sujetos, aportando la descripción del rodado.

j) Por último, la declaración del **Oficial Inspector de la Policía Federal Victorio Monzón**, que se desempeñaba en la Brigada de la Comisaría 53a. el cual arribó al lugar instantes después de ocurrido el hecho logrando secuestrar, del bolsillo del pantalón del delincuente muerto, un papel en el que se encontraban dos números telefónicos, uno correspondiente a un celular con el nombre “Matías”, lo que permitió a partir de allí hilvanar la pesquisa, dado que el teléfono pertenecía a la madre de Matías Millorini, sujeto conocido por la brigada debido a numerosos asaltos perpetrados en supermercados “Disco” del barrio de Palermo. Así se intervinieron los teléfonos -el celular y el de la casa de los Millorini- grabándose conversaciones que condujeron a ubicar al menor en la casa de su abuela en Zarate, donde fue detenido. Relató también otras diligencias de allanamiento y

secuestros ordenadas en la investigación que constan en sus declaraciones escritas.

2.- Testimonial incorporada por lectura al debate.

Declaraciones de:

a) **Rodrigo Espósito** -fs. 44 y 473- dijo que se encontraba sentado junto con una compañera de trabajo, ocupando una mesa del lado de la calle Juncal, de espaldas a la puerta de ingreso -ver n° 8 de fs. 99- cuando se acerca un sujeto que saca un arma y le exige que entregue la billetera, lo que hace al igual que su compañera. Que seguidamente se dirige a la mesa de al lado donde había un hombre produciéndose entre ambos un forcejeo, los que se llevaron las mesas por delante escuchando cinco o seis disparos, todo lo cual ocurría detrás suyo, no pudiendo ver lo que sucedía por el estado de nervios que le produjo el hecho. Que en ese momento pasó otro sujeto que venía de la entrada de Salguero y se escucharon más disparos. Que oyó cuatro y luego dos. Añadió en la segunda declaración que no sabe bien quien pidió las billeteras. Que escuchó el grito y la puso sobre la mesa. Que poco vio de la persona que entró por Juncal describiendo una campera. Que casi no quiso mirar paralizado por el temor porque no sabía en qué iba a terminar eso. Que escuchó primero unos disparos, cuando el delincuente se trabó en lucha con el custodio y luego que pasó el otro sujeto, más disparos que le dieron la sensación de un remate.

b) **Juan Alberto Echicaguala** -fs. 49 y 476- expresó que se encontraba junto a la barra, de frente a la entrada de Juncal, teniendo a su derecha la de Salguero -ver n° 4 de fs. 99-, conversando con el encargado del comercio, Martínez, dado que mantenía una deuda con el nombrado por cuestiones de trabajo, cuando por esta última ingresa un sujeto con una arma en su mano derecha exigiendo la entrega de la billetera a una mujer que estaba sentada en una de las mesas junto al ventanal que da a Salguero, la que más tarde una vez desencadenados los hechos se fue del local. Luego se dirigió a otra ocupada por tres personas exigiendo también las billeteras que le fueron entregadas. En esos momentos, percibe que sobre el sector de la entrada de

Juncal se suscita un forcejeo entre un hombre de saco azul y otro sujeto, produciéndose un disparo, razón por la cual se refugió en una escalera que conduce al subsuelo, donde escuchó cuatro disparos más. Luego de transcurridos los hechos, salió de su reparo y pudo observar a la persona caída dentro del salón, a su lado una pistola y en la calle a un sujeto que cree no era el que entró por Salguero aunque no está seguro de ello, también con un arma a su costado.

c) **Eduardo Antonio Sulmonetti** -fs 801 y 1375- encargado del edificio de departamentos ubicado en Juncal 3341, esto es frente la entrada de la confitería, dijo que se encontraba junto a la mesa que habitualmente ocupa, cuando escuchó disparos, razón por la cual levantó la vista en dirección a la misma observando que por la puerta salía un sujeto trastabillando el cual llevaba un arma de fuego en una de sus manos con la cual al parecer disparaba hacia adentro del local, esto por el movimiento que hacía. Que dicha persona cae sobre la vereda y de inmediato se acerca otro individuo que venía de la esquina y lo arrastra hacia la calle como intentando subirlo a un Peugeot 405 color gris metalizado que estaba en doble fila, cuyo conductor aceleraba constantemente el motor y gesticulaba apurando al primero. Finalmente éste abandona al caído y sube dificultosamente al auto por la puerta trasera derecha, acostándose en el asiento, a la vez que el auto arrancaba a toda velocidad con la puerta abierta. Agregó que el sujeto que subió al rodado llevaba un arma de fuego en una de sus manos, circunstancia ésta que rectificó en su segunda declaración.

d) **Luis Alberto Morote Prado** -fs. 804 y 974- ayudante de portería del edificio de departamentos sito en Salguero 2322, manifestó que mientras realizaba sus tareas habituales, escuchó una detonación, seguida más tarde de otras -ocho o nueve, dijo- provenientes de la esquina de Juncal, cuando en esos momentos, al mirar para ese lado, ve venir un Peugeot 405, que circulaba con la puerta trasera derecha abierta y que era cerrada por un

persona que iba agazapada en el asiento de atrás. Que este auto a gran velocidad dobló por French desapareciendo de su vista.

e) Personal policial interviniente en el escenario de los hechos **Principal Enrique Carlos Camiño** -fs. 53- y **Subinspector Raúl Nievas** -fs. 57- quienes se manifestaron en similares términos a los producidos por el Inspector Monzón y el cabo 1º Juárez, ya volcados en el acápite anterior, dado que fueron quienes acudieron ante el alerta irradiado por Juárez, funcionarios aquellos que llevaron a cabo el procedimiento de la manera que parece volcada en el acta circunstanciada de fs. 18, esto es, que al arribo de los mismos, recibieron los dichos del cabo Juárez, primera persona que arribó al lugar, pudiendo apreciarse que en la vía pública sobre Juncal se hallaba el cuerpo sin vida de un sujeto de sexo masculino -Bonelli- y junto a él un arma de fuego, y en el interior otro hombre, que se encontraba con vida y con sangre en el rostro, también con un arma de fuego a su costado. Dieron cuenta los funcionarios policiales de las alternativas del procedimiento, descripción del lugar, secuestro de efectos, armas etc.

f) Personal policial que realizó otras diligencias relacionadas con el hecho, **Subinspector Sebastián Viera** -fs. 325- que da cuenta del secuestro del proyectil extraído del cuerpo del Principal Falduto en la Morgue Judicial; **Ayudante Juan Manuel Dardés** -fs. 344- que intervino en el traslado del rodado Peugeot utilizado en el atraco desde Vicente López hasta la Capital Federal y **Subinspector José Luis González** -fs. 395- que inspeccionara el referido rodado, logrando el secuestro de dos gorras, una revista y una alfombra de goma negra del sector trasero todas con manchas de sangre.

g) Funcionarios policiales que realizaron diligencias en la Provincia de Buenos Aires: **Subcomisario José Tomas Gallo** -fs. 127- quien a través de las diligencias realizadas, determinó que el delincuente fallecido era Claudio Bonelli domiciliado en Munro, de esa Provincia, el cual había sido visto días previos al hecho de esta causa a bordo de un Peugeot azul, con otros dos sujetos; **Principal Juan Abbondo** -fs. 235- quien dio

cuenta de las diligencias realizadas en la localidad de Zarate tendientes a ubicar la finca en la cual se hallaba refugiado Matías Millorini; **Subinspector Claudio René Chazarreta** -fs. 1364-, **Inspector Eduardo Patricio Verti** -fs. 291 y 1362- **Principal Hugo Marcelo López** -fs. 271 y 1393- e **Inspector Juan José Martínez** -fs. 1360-, los cuales narraron la forma cómo a través de las tareas investigativas realizadas, lograron detener a César Carlos Millorini en las proximidades de su domicilio sito en Agüero al 3200, de Munro, procediéndose al allanamiento de la finca, que dio como resultado el secuestro de munición diversa y en entre otros efectos un par de zapatillas Reebok, presentando la izquierda manchas de sangre, como también sobre una mesa ubicada en el patio; **Oficial Carlos Ernesto Barreiro** -fs.1363- quien dio cuenta de la existencia de la referida mancha de sangre en la mesa levantándose la muestra respectiva; **Principal Fabián Jorge Elías** -fs. 1213 - que diera cumplimiento a la orden de allanamiento respecto del domicilio de los Millorini el 27 de junio de 2002 oportunidad en la que se secuestraran diversos efectos; **Principal Rubén Darío Pagano** -fs. 267 y 1361- quien tomara parte en las averiguaciones tendientes a confirmar el viaje realizado por los Millorini el día del hecho, a los tribunales de San Isidro. Al respecto dijo que se constituyó en la remisería “Arco Iris” sita en Pelliza 4282 de Munro donde la telefonista le dijo que efectivamente ese día fue pedido un remise, en horas de la mañana, de la finca sita en Agüero Nro. 3285, servicio cumplido por el chofer Juan Carlos García. Que éste le manifestó que ese día llevó en el auto a una señora de tez oscura y a su pequeño hijo a los Tribunales de San Isidro.

h) **Sebastián Cittadini** -fs. 80- y **Pablo Spinacci** -fs. 129- testigos recabados a fin de legalizar el procedimiento llevado a cabo en el lugar del hecho, los cuales en las indicadas declaraciones dieron cuenta de manera detallada de las alternativas del mismo, esto es la presencia de la persona fallecida, en la calle y otra en el interior del bar, las armas secuestradas una del delincuente fallecido y otra de la víctima; el secuestro de

diversos efectos que estaban en poder del primero, y demás rastros, impactos de bala etc., tal como aparece consignado en las actas respectivas.

i) **Vanesa Verónica González** -fs. 526- y **Juan Carlos García** -fs. 527 y 757- telefonista y chofer de la remisería de la localidad de Munro que realizara el viaje pedido por Juana Cecilia Godoy, los cuales efectivamente confirmaron la veracidad del mismo el día 5 de abril de 2002, aproximadamente a la hora nueve. Y que en dicho viaje -dijo el segundo- llevó a una señora de unos 35 años y a un nene de 3 o 4 años.

j) **Juan José Ventura Ramón** - fojas 582 y 1234- y **María Andrea Pianezzi** -fs.586- propietarios del automóvil Peugeot ya individualizado y que fuera utilizado por los asaltantes en el hecho de sangre que aquí se juzga.

Expresaron ambos de manera coincidente que el 4 de abril de 2002, aproximadamente a la hora 8.30, cuando estaban por salir de su casa ubicada en Olaguer y Feliú Nro. 2369 de la localidad de Olivos en el automóvil en cuestión, hallándose el mismo con dos ruedas sobre la vereda, frente al volante el primero y acomodando al pequeño hijo de ambos la segunda en la sillita correspondiente, se acercaron dos sujetos portando armas de fuego, cuya descripción efectúan - uno vestido con ropa oscura y otro clara- siendo que uno de ellos el vestido de blanco se dirige hacia donde estaba la segunda y el niño, razón por la cual descienden del rodado, subiendo al mismo los cacos que se alejan con el mismo y diversos efectos de su propiedad que describen.

Dijo Ventura Ramón que el 6 de abril tuvieron noticia que el auto había aparecido abandonado en Munro, de lo que informó a la policía, siendo que al enterarse de que había sido utilizado en el asalto donde mataron al custodio de Ruckauf, recordó haber visto por televisión., que el delincuente muerto tenía puesta una campera idéntica a la suya que le fuera sustraída en la oportunidad narrada.

k) **Aniceto Magencio Arrondo** -fs. 1689- y **Juan José Quinteros** -fs. 1690- oficiaron de testigos en los allanamientos y

procedimientos realizados en la finca de la calle Agüero 3285 de Munro, domicilio de Millorini, el 6 de abril y el 26 de junio de 2002 respectivamente, señalando el primero que recuerda el secuestro de zapatillas, de un Documento Nacional de Identidad , pero no de proyectiles, en tanto el segundo, recuerda el secuestro de una bala una campera y una caja de herramientas. Ambos reconocieron sus firmas en las actas respectivas.

1) Peritos que realizaron estudios periciales en la causa, **Miguel Angel Ferrer** - fs. 520- y **José Daniel Gudauskas** - fs. 521- quienes convocados a declarar acerca de la capacidad de la pistola Glock secuestrada en autos, dijeron que la misma tiene almacén para trece proyectiles y uno en recámara; y el segundo agregó acerca de los impactos hallados en el lugar de los hechos que los mismos se corresponden con el calibre 40; **Comisario Ricardo Alberto Gómez**, Jefe de la División Balística de la Policía Federal - fs. 531-, el cual ratificó la pericia de fs. 187/200 agregando que el Principal Falduto efectuó tres disparos uno de los cuales atravesó la vidriera y mató a Bonelli, en tanto éste hizo dos disparos uno de los cuales impactó en el oficial nombrado. Que igualmente se halló en el lugar un proyectil 38 largo “Special”; **Hugo Ariel Iseas** fs. -1373- y **Marcelo Eduardo De Lorenzi** -fs. 1335- depusieron a fin de explicar las peritaciones de fs. 1285/90, 1303/4 y n° 1105/02 y 1123/02 respectivamente.

3.- Confesional.

Con la declaración prestada en la audiencia por el imputado Matías Ezequiel Millorini, el cual al ser interrogado acerca de los hechos que se le atribuyen, admitió haber intervenido en el asalto perpetrado en la confitería “La Villette”. Que en momento alguno pensaron en matar. Que cuando se produce el forcejeo con la otra persona ésta intentó sacarle el arma, cayendo ambos al piso y quedando el otro encima de él, siendo que en esos momentos se produce el disparo. Que el no tenía el dedo en el gatillo. Que cuando escapa, había una persona esperándolo en un auto, que no era su padre.

Dijo que le costaba mucho decir lo que estaba manifestando, pero que estaba muy arrepentido. Le pido disculpas a su familia que no tuvo nada que ver. Que sus padres fueron buenos con él y que la equivocación la cometió el solo.

4.- Pericial

a) Médica

- Autopsia de fs. 489/99, realizada sobre el cadáver de Adrián Luis Falduto de la que se deriva que el fallecimiento del nombrado fue causado por lesiones producidas por proyectil de arma de fuego en zona facio cervical y toraco abdominal, presentando la primera halo contusivo, quemadura, ahumamiento y tatuaje, con orificio de salida, en tanto el segundo proyectil es extraído del cuerpo, ello complementado con las fotografías de fs. 719/22; exámenes histopatológico y toxicológico de fs. 724/6, y examen toxicológico de fs. 997/8.

- Autopsia de fs. 500/7, realizada sobre el cadáver de Claudio Enrique Bonelli, que establece las causas de su muerte por lesiones torácicas producidas por proyectil de arma de fuego, presentando dos impactos en brazo izquierdo y hemitórax izquierdo, complementado con las fotografías de fs.705/18 y el examen toxicológico de fs. 1021/3-

- Los informes relativos al imputado Matías Ezequiel Millorini de fs. 226, 254, 257, 297 -historia clínica- , 453, 687, 963, 1013 y 1030 que han permitido determinar, por un lado, que el nombrado presentaba una herida de bala en la parte posterior del muslo izquierdo, con proyectil alojado, y, por otro, que sus facultades mentales encuadran dentro de la normalidad, teniendo capacidad para comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones. Señala el de fs. 1013, el alto grado de adicción a los estupefacientes, arrojando la rinoscopia un grado 5; distrofia severa, perforación y lesión química de larga data.

-Informes médico legista y forense de César Carlos Millorini -fs. 329 y 10 y 11 del legajo de personalidad adjunto - los que determinan la normalidad de sus facultades mentales y la capacidad para delinquir.

b) Balística

-de fs. 167/83, que determina la aptitud de las armas secuestradas para disparar, siendo el revólver de funcionamiento anormal. Que las vainas se corresponden con el calibre 40. Que el proyectil calibre 38 largo hallado en el lugar no fue disparado por el 38 corto secuestrado.

-de fs. 187/200, relacionada con los impactos hallados en el lugar, en número de cuatro a saber: 1.- puerta de ingreso a la cocina, 2.- mismo proyectil en pileta de acero inoxidable 3.- vidriera, 4 servilletero, todos compatibles con el calibre 40.

-de fs. 549, relativa al proyectil extraído del cuerpo de Falduto, que fue disparado por el revolver calibre 38 corto hallado al lado del cadáver de Bonelli.

-de fs. 557, realizada sobre el material secuestrado en el domicilio de Millorini.

-de fs. 1141/5, efectuada sobre impactos sobre la ropa de vestir secuestrada en el lugar del hecho.

-de fs. 1285/90, sobre proyectil extraído del cuerpo de Bonelli, correspondiente al calibre 40 -arma de Falduto- al igual que dos impactos hallados en el lugar.

-de fs. 1303/4 y fs. 1448/51, realizadas sobre munición y cartucho secuestrado en el domicilio de Millorini.

c) Otros estudios periciales

-de fs. 215 y 218/ 219, realizados sobre las billeteras secuestradas un reloj y teléfono celular y otro celular marca "Ericcson".

-de fs. 412, papiloscópica, de huellas encontradas en el lugar.

-de fs. 821/9, fotográfica y de identikits, el que establece el grado coincidencia entre los mismos .

- de fs. 837/40 sobre el cadáver de Bonelli en el lugar.

-de fs. 842, del laboratorio químico policial, sobre manchas de sangre en ropas y objetos.

- de fs. 864/7 respecto del cadáver de Falduto en el lugar del hecho, que determina que la herida recibida en el rostro, presenta halo contusivo, quemadura ahumamiento y tatuaje.

-de fs. 952, sobre examen dactilar.

5.- Documental

Valen los planos y croquis obrantes a fs. 25, 99, 108 y 288/90, que grafican acerca de la zona y el local donde ocurrió el hecho, ubicación de los testigos y protagonistas en la confitería; y de la zona y domicilio de la familia Millorini-Godoy, respectivamente; las fotografías corrientes a fs. 100, que ilustran sobre la ubicación de aquellas personas, 135/43, photo phit de Millorini y testigos, 201/4, del cadáver de Bonelli; 244/5 del imputado Matías Millorini; 522/5, de un proyectil secuestrado; y 1225/6, de la casa de los imputados y las fotocopias de fs. 113/24 del dinero y documentación perteneciente a los damnificados.

Del mismo modo, cuentan a los fines probatorios las actas labradas en el curso de los distintos procedimientos llevados a cabo en el proceso; inicial, labrada por el Comisario Norberto Gavilán -fs. 18 y 21 - realizada en el lugar del hecho, donde refleja las alternativas del episodio según las pruebas recogidas y demás detalles ya consignados más arriba; de secuestro de los elementos que tenía la víctima fatal -fs.27-; de levantamiento de huellas -fs.28-; de secuestro de elementos del delincuente muerto -fs.29-; de las detenciones de Matías y César Millorini -fs.233/4 y 273/5, respectivamente-; de secuestro del automóvil Peugeot utilizado en el asalto fs.348/63; de 640, relativa a actuaciones llevadas a cabo en la Provincia de Buenos Aires.

Fotocopia de la partida de nacimiento de Matías Ezequiel Millorini, que determina su minoridad al tiempo de cometer los hechos.

Fotocopia de las partidas de defunción de Adrián Luis Falduto y Claudio Bonelli obrantes a fs. 1033 y 1032 respectivamente.

Por último, las escuchas telefónicas contenidas en los cassettes afectados a la investigación, correspondientes al teléfono celular de Juana Cecilia Godoy -Nro. 15-5 119-3947-, al de la casa de la familia Millorini -Nro. 4756-4103- y al de la familia Bonelli -Nro. 4762-4865- cuyas transcripciones obran a fs. 258/9 -conversación mantenida entre la imputada y su hijo César Millorini-; fs. 260 y 262, entre la nombrada y su hijo Matías; fs. 383/7, similar a las anteriores; fs 389, entre las hermanas Bonelli; fs. 391, conversación con la familia Bonelli; fs. 673/9; 806/8, correspondiente al teléfono de Millorini y fs. 875/7, entre los imputados mayores edad.

De ellas cabe destacar la transcripta a fs. 258/259, en la cual conversa Juana Godoy con su hijo César que se encontraba detenido. Luego de hablar acerca de lo sucedido esa mañana, César le pregunta “¿y papá?”, “acá está”, responde Godoy continúa César “todo bien? “, “sí” responde Godoy , “Salio a buscar trabajo hoy? ”, pregunta César, respondiendo Godoy “no, después el domingo te cuento César...estaba tu papá también”, “uuuh, bueno bueno” exclama César.

A fs. 260/261, Matías Millorini le dice a su madre “a mi me van a querer poner con dos homicidios seguro, pero no saben que fui yo.....onda que ando desaparecido y nada mas”. Más adelante Matías Millorini pregunta a su madre “.....¿puso eso bajo tierra?” “ ¿qué?” pregunta la madre, “¿puso Papá eso bajo tierra?” insiste Matías, a lo que contesta la madre “sí, no, quedate tranquilo, quedate tranquilo que ya está todo”.

En otra conversación -fs. 262/263 - Godoy le dice a su hijo “dicen que son de la zona de Munro porque tiene el tatuaje de Colegiales. Bueno. No podes ir ahí porque era el custodio de Ruckauf, ¿sabés como va a andar la cana?, estos no se van a quedar quietos te digo”. Matías Millorini en otro tramo comenta “el Claudito tenía toda la plata, me parece” “ ¿Cómo toda la plata?, responde la madre y continúa Matías “si el la tenía la plata de la caja, yo no pude hacer nada. Así como fui y lo puse era cobani. Al primero que agarré era cobani. El él y cuando escuchó el tiro salió, y cuando salió yo

estaba luchando con ese gil. No viste que dicen todos que yo lo quise arrastrar al auto, todo”.

Mas adelante en la misma, Godoy dice a su hijo “¿si viste?. Y decían que había salido con la puerta abierta, como tu papá me contó.¿ Mirá si no estaba tu papá Matías? ¿Sabés qué desastre hubiera sido?”, contestando Matías “si no se como iba a llegar a casa” o “no se como estoy acá” -fs. 387- a lo que replica la madre “mal que mal te sacó, sacó bolas de donde no tiene te digo”. En otro tramo el menor pregunta a su madre por las “cosas”, si están “bajo tierra”, a lo que ésta responde “no, no, ya sacamos todo”. “Ya se donde están yo, pero tienen que estar bajo tierra” dice Matías.” No, no, no, vos quedate tranquilo, no te hagas problema”, contesta la madre.

A fs. 808, se transcribe una conversación entre tres personas identificadas como “abuela”, “coquita” y “chiqui”, donde ésta pregunta a la segunda “porqué cayo Lito”, respondiendo “Coquita”, “ porque estaba con Matías”, replicando la otra “ si, ya sé, pero quien los vendió....si supuestamente nadie sabía nada.....acá y porque a mamá la vinieron a buscar por Cecilia Godoy”

A fs. 875, una conversación mantenida entre Godoy y Millorini padre en la que éste dice “....tuve que declarar por la escucha telefónica, está toda la escucha.....la cagada que me comí cuando vos le dijiste al Matías que si ya papá enterró las cosas...y yo ahí lo tapé eso.....agarrá el remisero pelotudo ese...”. Por su parte Godoy dijo “...estamos todos hasta la mierda, me quieren meter en cana, no pueden, ojo, si a mi ya me dijeron que a mí no pueden, aparte yo ya estoy cubierta, me entendés”.

III.- INDAGATORIAS

Los imputados a su turno han declarado en la audiencia de debate.

1.- **Matías Ezequiel Millorini**, como se ha visto en el considerando anterior, apartado n° 3, confesó su participación en el robo de la manera allí transcrita, bien que negando su intención homicida que según su relato estuvo ausente, produciéndose el disparo de manera involuntaria,

producto del forcejeo en que estaba empeñado. Cabe entonces remitirse al capítulo mencionado.

2.- César Carlos Millorini, en principio se remitió a su declaración indagatoria de fs. 431 y 532, oportunidad en la cual había negado su intervención en los hechos. Dijo en aquella ocasión que el día en cuestión, había concurrido a los tribunales de San Isidro junto con su esposa e hijo pequeño, para ver a su hijo mayor César que estaba detenido y lo llevaban al Juzgado. Señaló que estaba separado y se había ido de su casa por problemas con sus hijos que eran incontrolables, siendo que Matías lo odia y lo echó de la casa amenazándolo una vez con un arma. Que sus hijos delinquen y la madre no los puede dominar. Dijo que hacía un mes que vivía nuevamente en la casa de su mujer porque Matías no estaba y porque hacía poco lo habían operado. Con relación al día del hecho, dice que salieron de su casa a las 9.40 y llegaron a las 10 de la mañana quedándose hasta las 11.30. Que finalmente a su hijo César no lo llevaron y decidieron volver. Que la que entraba al Juzgado a preguntar si había llegado era su esposa, mientras él esperaba afuera con su hijo Bryan. Que viajaron con su mujer e hijo de 5 años, en un remise Orion o Escort, manejado por un hombre de pelo blanco, con anteojos y de edad. Después volvieron en otro coche de “Remise Belgrano”, Peugeot 504 azul, manejado por un hombre grande. Ya en su casa, llegó Matías herido, al que acompañó hasta Zarate a pedido de la madre en un remise de un conocido del barrio “Corea”. Que en el transcurso del viaje no habló con su hijo comentando el chofer “éste la sacó barata”. Dice que lo de “enterrar” que aparece en las escuchas se refiere a las balas halladas por la policía que al parecer su mujer luego desenterró y que la frase “suerte que estaba tu papa”, se refiere a que pudo llevarlo a Zarate, dado que primero se había negado a hacerlo porque no se lleva bien con esa familia, pero ante el llanto y ruego de su señora lo llevó. Respecto de la frase “por fin tiene bolas o hace algo” pronunciada por su esposa en una de las conversaciones, está referido a que

fue a los Tribunales de San Isidro por su hijo César. En el transcurso de su indagatoria reconoció en las escuchas telefónicas la voz de su esposa e hijos.

Tras remitirse a estos dichos, César Millorini dijo que cuando fue detenido fue golpeado y torturado en la Seccional 53a. y estuvo tres días sin dormir. Que cuando se entrevistó con su defensora, le dijo que la mañana del hecho él se había quedado en su casa, mientras que su esposa e hijo habían ido a San Isidro, a lo que ésta le aconsejó que dijese que él también había ido a San Isidro. Por eso declaró de esa manera, pero la realidad es que se quedó en su casa. Respecto de las torturas también se lo contó, pero le aconsejó que no diga nada porque la iba a pasar mal.

3.- **Juana Cecilia Godoy** negó todo conocimiento de los hechos. Dijo que ese día no estuvo en su casa porque había ido a los tribunales de San Isidro con su hijo menor. Cuando volvió se enteró de lo sucedido porque Matías la llamó por teléfono contándole que estaba herido. Respecto del teléfono celular de su propiedad dijo que habitualmente lo usa Matías. Que el nombrado decidió irse solo a la casa de su abuela. Respecto de los allanamientos dice que dos veces fueron practicados en su domicilio secuestrándose balas y una campera de Matías desconociendo la procedencia de aquellas. Niega haber lavado e intentado hacer desaparecer efectos o apósitos con sangre y dice que a su hijo recién lo volvió a ver en el Instituto de Menores. Respecto de las escuchas telefónicas de las que se le da lectura, respecto de la de fs. 258/9, admite haber tenido esa charla con su hijo César, pero no recuerda en qué términos. Con relación a la de fs. 260/1, con su hijo Matías, admite que tuvo esa conversación y respecto de sus términos dijo “puede ser” y la última de fs. 262/3, también con Matías, dijo que no la recuerda, aduciendo que ya pasaron tres años. Finalmente preguntada a qué se dedicaba su hijo antes de ser detenido dijo que trabajaba de repartidor en Gándara y que el día del hecho, Matías no pasó por su casa, sino que se fue directamente a Zárate.

IV.- ALEGATOS.

1.- La Querrela, representada por el Dr. Marcelo Hugo Rochetti, luego de efectuar una descripción del hecho en términos parecidos a los expresados en los requerimientos de elevación a juicio, afirmó que los asaltantes que ingresaron a la confitería, lo hicieron con la determinación de robar y de matar si ello era necesario para consumir el delito y lograr la impunidad. Que a todo esto, quien conducía el vehículo con el cual habían arribado al lugar y que luego utilizó Millorini para la fuga, era conducido por padre el coprocesado César Carlos Millorini. Respecto de la muerte de Falduto, tras las alternativas narradas al comienzo, dijo que Millorini apoyó el arma en el cuello de la víctima y disparó, en lo que fue un fusilamiento en el piso. Al respecto la testigo Narosky habló de disparos hechos hacia el piso, lo que demuestra el remate de Falduto que fue inhumanamente ultimado. Que concluido el suceso, Millorini arrastró el cuerpo de su cómplice en dirección al auto, pero como no podía subirlo, ante el riesgo que corría, decidió abandonarlo en la calle, gritándole Bonelli “no me dejes”, tras lo cual le disparó impactando en la pierna izquierda del procesado. En cuanto a la participación de los mayores en el hecho, hizo referencia a las escuchas telefónicas que determinan la presencia de César Carlos Millorini en el escenario de los hechos conduciendo el rodado utilizado para el robo, siendo que Godoy en todo momento estuvo enterada de los planes delictivos de su hijo y esposo, brindando el apoyo necesario para la concreción de la ilícita empresa, como que demostró interés por el destino de la plata robada y colaboró permanentemente con sus familiares. En su casa fueron hallados elementos pertenecientes al dueño del auto robado el día anterior al hecho - Ventura Ramón- utilizado para el asalto y cantidad de municiones de calibre similar a la que matara a Falduto.

Calificó la conducta de los procesados Matías y César Millorini como de robo con armas en grado de tentativa, en concurso real con homicidio calificado *criminis causa* y tenencia ilegal de arma de guerra, también en concurso material, en calidad de coautor el primero y partícipe

necesario el segundo -arts. 42, 45, 55, 80, inc. 7º, 166, inc. 2º y 189 bis, cuarto párrafo del Código Penal- y la de Godoy, como partícipe secundaria en los mismos delitos -art. 46 del Código Penal- a quienes acusó en orden a los mencionados ilícitos, solicitando para los dos primeros la imposición de la pena de reclusión perpetua, accesorias legales y costas y, para la última, el máximo de pena previsto para su forma de participación.

2.- El Señor Fiscal General, Dr. Ricardo Mariano Farga, acusó a Matías Ezequiel Millorini y a César Carlos Millorini, como coautores penalmente responsables de los delitos de robo agravado por el uso de armas de fuego en grado de tentativa, homicidio calificado criminis causa cometido con armas de fuego y tenencia ilegal de arma de guerra, todos ellos en concurso real y al segundo en concurso real con encubrimiento agravado por el ánimo de lucro -arts. 41 bis, 42, 45, 55, 80, inc. 7º, 166, inc. 2º 189 bis, párrafo cuarto y 277, inc. 2, b) en función del inc. 1º c) del Código Penal, solicitando se les imponga a cada uno de ellos la pena de prisión perpetua.

Tal petición resulta comprensiva de las causas Nro. 2754 por el delito de robo con armas en concurso real con el delito de tenencia ilegítima de arma de guerra; Nro. 2830 por el delito robo en poblado y en banda en concurso real con robo y Nro. 2901, por el delito de robo, de este Tribunal en las que fuera declarado penalmente responsable.

Consideró plenamente probadas la coautoría y responsabilidad de los nombrados sobre la base de la prueba allegada al debate, destacando especialmente la confesión de Matías Millorini en cuanto su participación en el atraco y las declaraciones de los testigos Narosky y Espósito de las que se deriva sin hesitación que Millorini disparó contra Falduto con el evidente propósito de matarlo, cuando ya estaba herido, haciéndolo a corta distancia, dado que estos testigos hablan de disparos hacia el piso y de “sensación de remate” a lo que se añade las conclusiones médicas de la autopsia acerca del tipo de herida sufrida por la víctima.

Respecto de César Carlos Millorini, su presencia en el lugar oficiando de chofer del rodado utilizado en el asalto, se deriva de las escuchas telefónicas que no dejan duda al respecto; de sus explicaciones desmentidas por el remisero, debiendo luego él modificar su versión, a lo que cabe añadir sus contradicciones y los dichos de Godoy, en cuanto a que Matías no pasó por su casa luego del robo, de donde resulta que no es cierto que el padre lo llevó a Zarate. Por lo demás, estima que su condición de chofer de larga data y el conocimiento de las calles le daba una gran ventaja para cumplir con la difícil misión de sacar a sus cómplices de un lugar de intenso tránsito a la hora del hecho.

Con relación a Juana Cecilia Godoy solicitó su absolución por estricta aplicación de lo normado en el art. 3 del Código de forma, por carecer de elementos valederos que permitan reprochar su conducta.

Dijo el Fiscal que si bien se aprecia en el caso una actividad protectora de parte de la nombrada respecto de su hijo, como el ocultamiento de elementos y rastros del delito, todo lo cual se desprende de los procedimientos realizados y de las ya mentadas escuchas telefónicas, ello no permite tener por acreditada su participación en el hecho aún de manera secundaria. Ni tan siquiera de un conocimiento anterior y menos de que mediara una promesa previa, de modo que frente a ese panorama, considera que no puede formular acusación contra la nombrada.

3.- La Defensa Oficial, ejercitada por la Dra. Nelly Amalia Allende, respondió a las acusaciones formuladas contra sus asistidos Matías Ezequiel Millorini y César Carlos Millorini.

Dijo respecto del primero que, frente a su confesión, debe admitir su participación en el robo, como también que en el transcurso del suceso se produjo la muerte de Falduto y de Bonelli, siendo también cierto que el deceso del primero, fue producto del accionar de su defendido.

No obstante ello, niega que tal muerte haya estado conectada en los términos del art. 80, inc. 7° del Código Penal con la finalidad

de consumar el delito, lograr la impunidad, o por frustración ya que ello no ha sido probado por los acusadores que en ningún momento fundaron su postura al respecto, de tal suerte que, en su parecer la calificación adecuada al caso debe ser la contenida en el art. 165 del Código Penal, esto es, robo con homicidio resultante.

Ello resulta, continuó expresando la defensa, de los propios dichos de su defendido, que admitió haber ido a robar, pero sin intención de herir a nadie. Que se produjo un forcejeo y un disparo, sin que persona alguna haya dicho en la causa cómo se produjo ese disparo. Rechaza los testimonios esgrimidos por la acusación -Narosky y Espósito- dado que la primera agregó a sus declaraciones pormenores que no había señalado en la instrucción, como que los disparos iban hacia el piso, respondiendo al ser interrogada sobre el particular “que no se lo habrán preguntado”, lo cual resta a su testimonio credibilidad. Otro tanto sucede con el segundo que habla de “sensación de remate”, pero eso es solo una sensación, puesto que nada vio. En definitiva que la acusación en ese aspecto carece de fundamentación jurídica dado que no demostró esa conexión de medio a fin característica del homicidio “*criminis causa*”, restando entonces el resultado ocasional o accidental del art. 165 del Código de fondo.

Cuestionó la defensa las penas solicitadas para sus defendidos que entiende son inconstitucionales, dado que contrarían el mandato contenido en las convenciones internacionales que menciona con rango constitucional, de no imponer penas crueles, inhumanas y degradantes, como el caso de la prisión perpetua. Particularmente respecto del menor, señala que la imposición de dicha pena está vedada por la Convención de los Derechos del Niño (art. 37, apartado a) para quienes delinquen antes de los dieciocho años de edad, dado que la excarcelación a que se refiere la norma no es equiparable a la libertad condicional, para cuya concesión son necesarios requisitos y condiciones que escapen al condenado y que están al arbitrio de la autoridad administrativa que informa a quien debe concederla. Rechazó

también la pena de reclusión que considera derogada de hecho de nuestra legislación.

Con relación a la imposición de pena en la totalidad de las causas que registra el menor, luego de efectuar una reseña de la historia de vida de su defendido, a lo que añadió su confesión, el haberse acogido al juicio abreviado en tres causas y al arrepentimiento manifestado, solicitó se le condene al mínimo de pena previsto para el caso, con la reducción que autoriza el art. 4 de la ley 22.278.

Relacionado con su defendido César Carlos Millorini, solicitó su absolución dado que sólo obra en su contra el contenido de las escuchas telefónicas, sin que exista ninguna otra prueba que determine su intervención en los hechos. Entiende que ello es insuficiente y que tal prueba debe de analizada con suma cautela.

Subsidiariamente, si se tiene por probado que estuvo en el lugar asistiendo a sus cómplices, considera que el hecho atribuible debe ser de robo con armas en grado de tentativa, dado que el resultado muerte acaecido en el transcurso del robo no puede achacarse en mérito a lo normado por el art. 47 del Código penal, invocando al respecto lo resuelto el 30 de junio de 2004 por este tribunal en la causa Nro. 3118 seguida a Alejandro Rubén Arcuri y otro.

Rechazó también la imputación formulada respecto de su defendido mayor en orden al delito de encubrimiento, porque la acusación no demostró en modo alguno el conocimiento que necesariamente debía tener su defendido de que el automóvil era robado, razón por la cual, por este delito solicitó la absolución.

Finalmente, hizo reserva del caso federal y de recurrir en casación para el supuesto de que no se haga lugar a su planteo de inconstitucionalidad de las penas solicitadas para sus defendidos.

4.- La defensa de Juana Cecilia Godoy, a cargo del Dr. Gabriel Rodríguez, coincidiendo con el Señor Fiscal General, pidió la

absolución de su defendida, dado que no existe elemento alguno que incrimine su conducta. No estuvo en el lugar de los hechos. Sólo trató de resguardar a su hijo, lo que resulta ser impune dado el parentesco existente con el menor, y no actuó con ánimo de lucro. Tampoco se secuestró elemento alguno que la comprometiese en su habitación, por lo que concluye reiterando el pedido absolutorio.

5.- La Sra. Defensora Pública de Menores e Incapaces Dra. Matilde Benzi de Pareja, a su turno, hizo hincapié en la historia de vida Matías Ezequiel Millorini. Las carencias sufridas en su hogar, la separación de sus padres, la muerte repentina de un hermano y la temprana adicción a las drogas, todo lo cual lo llevó a frecuentar pares marginales y a la comisión de delitos. Destacó su predisposición a abreviar los juicios que tuvo en este Tribunal y la confesión en esta causa. Hizo referencia a las distintas normas nacionales e internacionales que regulan el tema de la minoridad, rechazando la imposición de la pena de prisión perpetua, a la que considera inconstitucional, tal como lo hiciese la defensa, y solicitando en definitiva, teniendo en cuenta la inmadurez propia de los menores y el régimen especial de la minoridad, se conceda a Matías Millorini el beneficio de la reducción punitiva contemplado por la ley 22.278.

V.- VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

1.- Respecto de Matías Ezequiel Millorini.

a) Con relación al nombrado, ha quedado fuera de toda duda su activa intervención en el robo perpetrado en perjuicio de algunos clientes de la confitería “La Villette”, ello sobre la base de su propia confesión rendida en la audiencia conforme lo consignado en el considerando primero, capítulo 2 “Confesional”, oportunidad en la cual admitió haber perpetrado el asalto a mano armada en los términos consignados al comienzo de este pronunciamiento y de la abundante prueba testimonial, pericial y documental volcada en el mismo considerando, al cual cabe remitirse en homenaje a la brevedad, habida cuenta que el punto no ha sido controvertido por la defensa.

b) Tampoco se ha discutido por la defensa la tenencia por parte de los asaltantes de dos armas calificadas como de guerra, una no secuestrada que estuvo en poder de Millorini y que éste admite haber esgrimido al mantener un forcejeo con la víctima, como resulta de su relato al decir “.....me quiso sacar el arma.... yo no tenía el dedo en el gatillo....no quise matar a nadie...”, la que resulta ser del calibre 38 largo “Special”, como lo prueba el proyectil hallado en el lugar que no fue disparado ni por el arma de Bonelli ni tampoco por la del policía que tenía una pistola Glock, calibre 40; de manera tal que con los dichos del causante más la restante prueba reseñada y a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, se acredita el extremo mencionado. La segunda arma es la secuestrada junto al cadáver de Bonelli, individualizada al comienzo de este pronunciamiento que esgrimó el nombrado Bonelli durante el asalto y que disparó contra el Oficial Falduto hiriéndolo de muerte. Aquí también cabe remitirse a la prueba volcada en el considerando primero.

c) Admitió la defensa oficial en su alegato que en el transcurso del asalto, un disparo producido por el arma que esgrimía su defendido, impactó en el rostro del oficial Falduto, causándole la muerte, bien que señalando que el mismo tuvo lugar con motivo del forcejeo suscitado entre ambos, sin que haya tenido en momento alguno la intención de herir o matar a alguien, razón por la cual encuadró el accionar de su representado en los términos del art. 165 del Código Penal.

Respecto de la muerte de Adrián Luis Falduto y las causas de la misma, cabe remitirse a la prueba mencionada en el considerando primero de la que resulta, sin hesitación alguna, que ella fue consecuencia de “lesiones facio-cervicales y toraco abdominales por proyectiles de arma de fuego” -ver autopsia de fs. 494/499 y cons. II, 4, a)- los que fueron disparados por las armas que esgrimían Matías Millorini con relación a la primera lesión y Claudio Bonelli respecto de la segunda. Esto último se deriva, además de las manifestaciones confesorias de Millorini, de la prueba pericial consignada en

el considerando primero, la que determinó que el proyectil extraído del cuerpo de Falduto, había sido disparado por el arma secuestrada junto al cuerpo de Bonelli y que este esgrimió durante el robo y que en el lugar, se halló un proyectil calibre 38 largo Special, cercano al cuerpo de Falduto, que no había sido disparado por la mencionada arma ni por la pistola del oficial fallecido.

Establecido, entonces, que Adrián Luis Falduto murió como consecuencia de las heridas recibidas en el transcurso del robo que perpetraban Matías Millorini y Claudio Bonelli, debido a los proyectiles disparados por éstos con las armas de fuego que portaban, cabe analizar si tal conducta fue consecuencia de la refriega suscitada entre los ladrones y el policía, constituyendo un homicidio resultante del robo intentado, como sostiene la defensa, o si se trató de un accionar tendiente a consumar el robo, lograr la impunidad y/o en respuesta a la frustración del asalto, como lo han sostenido las acusaciones y lo ha tenido por cierto el Tribunal al describir el suceso.

No cabe duda alguna, como se señalara al comienzo, que los nombrados Millorini y Bonelli dispararon contra Adrián Falduto a fin de eliminar el obstáculo que la presencia y decidida actuación del policía constituía para sus planes delictivos.

Adviértase que, según el relato de los testigos mencionados al comienzo todo se desencadena cuando el oficial, tras ser intimado por Millorini a entregar su billetera, se levanta de la mesa, extrae el arma y se da conocer, trabándose en lucha con el nombrado. Luego de un breve forcejeo, en cuyo transcurso se desplazan derribando mesas, se produce un disparo del arma de Falduto que impacta en la puerta de la cocina. En ese instante Bonelli, alertado por el estampido, se dirige hacia ese sector y efectúa un disparo contra Falduto hiriéndolo en la espalda, con el evidente propósito de conjurar la oposición del oficial, disparo este que, con el segundo, causará su muerte. Resulta claro e indiscutible que este disparo no fue una consecuencia accidental u ocasional o producto del devenir del robo como

pretende la defensa, dado que se hizo por la espalda, a corta distancia como lo indican las dimensiones del lugar y con el evidente propósito de matar, lo que se robustece con el hecho de que el nombrado Bonelli efectuó dos disparos más, uno que impacto en la pierna de su cómplice, involuntariamente tal vez por el cambio de posición de las personas, pero que no cabe duda iba dirigido a Falduto y un tercero que no salió del arma -tenía un proyectil percutido-. Esto último se confirma con la declaración de Eduardo Antonio Sulmonetti -considerando II, capítulo 2, ap. c - que vio salir por la puerta de Juncal, luego de escuchar disparos, a una persona con un arma en la mano trastabillando la que al parecer efectuaba disparos hacia adentro, la que luego cayó al piso.

Seguidamente y cuando el policía ya había disparado contra Bonelli hiriéndolo de muerte y estaba caído en el piso perdiendo sangre por la herida que le causara el nombrado, Matías Millorini, con el evidente propósito de matar y lograr de esa manera consumir el delito, lograr la impunidad, o bien por no haber logrado el fin propuesto desbaratado por el Principal Falduto, a muy corta distancia -5 o 10 centímetros - efectuó un disparo hacia el rostro de Falduto, ingresando el proyectil por el sector preauricular como se observa en las fotografías de 719/22 y en el estudio de fs. 864/7, lo que se determina en los referidos estudios periciales por la impronta que se observa en el orificio de entrada -tatuaje, quemadura, ahumamiento, halo contusivo- propia de los disparos efectuados a cinco centímetros o poco más, en lo que comúnmente se denomina disparo a quemarropa.

Estas circunstancias, además de las periciales mencionadas se desprenden claramente de los testimonios de Analía Diana Narosky - cons. II, 1, a- y Rodrigo Espósito -II, 2, a- clientes de la confitería quienes confirmaron con sus dichos lo que se viene afirmando, como que la primera dijo que tras observar el forcejeo y que los dos hombres trabados en lucha cayeran prácticamente sobre ella, se tapó la cara y no vio más, escuchando varios disparos. Que le parecía que disparaban hacia el piso, en tanto el segundo dijo que luego que los dos trabados en lucha pasaron por detrás de él,

escuchó disparos y luego que un sujeto venía corriendo de la otra entrada del local, sintiendo otros tiros que le dieron la sensación de un “remate”.

Finalmente, tiene lugar la retirada de Millorini a bordo del rodado que lo esperaba, tras intentar llevar a su cómplice ya moribundo lo que no logra, dejándolo en la calle.

De esta relación se deriva sin duda alguna que los asaltantes, frente al obstáculo que el accionar de Falduto significaba, lo eliminaron sin contemplaciones dándole muerte, con los fines ya expresados vinculados al delito que intentaban cometer, puesto que mal puede pensarse en el homicidio en ocasión de robo -art. 165 del Código Penal- cuando se dispara a corta distancia por la espalda a zonas vitales y se continúa disparando sin éxito y mucho menos cuando el otro ladrón -Millorini- efectúa un disparo dirigido a la cabeza de la persona ya malherida y caída en el piso a escasos cinco centímetros.

Mas allá del cruel e inhumano proceder utilizado, el propósito homicida y su relación subjetiva en los términos del art. 80, inc. 7° del Código Penal, con el delito de robo que se estaba perpetrando resultan indiscutibles.

2.- Situación de César Carlos Millorini.

a) Como se expresara en el considerando primero, se ha tenido por probado que este imputado participó del plan delictivo de asaltar la confitería “La Villeta”, prestando su colaboración en la conducción del rodado, en el cual arribaron al lugar y en el que huyó Matías Millorini, tras realizar los hechos ya descriptos.

Las pruebas que incriminan su conducta están conformadas por el contenido de las escuchas telefónicas en las que aparece indubitadamente mencionado como quien estaba al volante del rodado y por sus erráticas y mendaces manifestaciones pretendiendo tomar distancia del hecho, no lográndolo. Al contrario, sus expresiones en la instrucción y en el

debate, sumado a la declaración de la coimputada Godoy, no hacen mas que confirmar su presencia en el lugar desempeñando el papel mencionado.

Respecto de la prueba de escuchas telefónicas y sus transcripciones, que fuera introducida al debate como prueba documental, nadie ha cuestionado su validez como tal. La defensa oficial al alegar admitió que se trataba de una prueba legalmente adquirida, dado que se implantaron por orden judicial, de modo que su legitimidad se encuentra fuera de toda discusión.

Por otro lado, acerca de quiénes sostienen las conversaciones y del contenido de las mismas, tampoco hay mayores controversias, dado que el propio César Carlos Millorini, al ser indagado en la instrucción, declaración esta que ratificó en el debate salvo en un punto al que luego se hará referencia, brindó una serie de explicaciones a fin de justificar el sentido de las expresiones allí contenidas, con lo cual admitió la realidad de las mismas y que la persona a la que se hace referencia es él, como cuando se habla de “enterrar las cosas”, o de “las bolas que sacó de donde no tiene”, el haber logrado que su hijo llegara al lugar de donde hablaba con su madre, etc.

Por su parte, Juana Cecilia Godoy, al ser interrogada en el debate, admitió la existencia de las mentadas conversaciones, e incluso el contenido de alguna, como la primera sostenida con Matías, señalando respecto de las otras que por el tiempo transcurrido ya no recordaba.

Frente a lo señalado, lo que en principio constituye una prueba indiciaria necesitada de otros elementos probatorios que la confirmen, se yergue en prueba indubitable de la presencia del imputado en el lugar del hecho cumpliendo el papel de chofer del rodado, la que por añadidura encuentra aval en las fallidas manifestaciones exculpatorias del incuso.

Con relación al primer punto, varias son las conversaciones que comprometen a César Carlos Millorini mantenidas por su esposa el mismo día de los hechos y los días siguientes.

De su espontaneidad no puede dudarse, a punto tal que hasta en alguna de ellas le dice a su interlocutor que los teléfonos están pinchados y que tenga cuidado al hablar; sin embargo más adelante, en la misma conversación, se explaya sobre el hecho y sobre la presencia de su esposo en el lugar .

Podría pensarse que tales manifestaciones se hicieron adrede para involucrar al imputado gratuitamente en el caso, tal vez por algún encono familiar. Pero es que en las mismas escuchas el propio Matías Millorini prácticamente confiesa el hecho que luego confirma al ser indagado en el debate, de manera que mal puede suponerse que tales conversaciones estaban encaminadas a perjudicar deliberadamente a Millorini padre.

En el considerando II, capítulo 5, se ha hecho mención a las escuchas incorporadas al debate y se han transcripto párrafos de algunas de ellas, de modo que cabe remitirse a ellas a fin de evitar tediosas reiteraciones, pero se volverá sobre algunas de ellas que son altamente significativas.

No puede dudarse de que César Carlos Millorini estuvo en el lugar, cuando se escuchan expresiones tales como “estaba tu papá también”, provenientes de Godoy, en charla con su hijo César, con el cual venían hablando de los acontecimientos de la mañana del 5 de abril de 2002.

Tampoco cuando se escucha en la segunda conversación con Matías que la madre de éste le comenta que por la televisión habían dicho que el auto había salido con la puerta abierta “como tu papá me lo contó”, añadiendo “mirá si no estaba tu papá Matías?, sabés que desastre hubiera sido eso?, respondiendo Matías, “sí no se como iba a llegar a casa” -fs. 263- o “no se como estoy acá”, según fs. 387. De la escucha de la grabación respectiva, parece ser este último el término empleado, pero de todos modos no queda duda no solo de su presencia en el lugar sino también que César Millorini era quien manejaba el vehículo y sacó a Matías del lugar, como lo confirman las siguientes expresiones de la madre en esa conversación “mal que mal te sacó. Sacó bolas de donde no tiene te digo”. “si” respondió Matías.

Como si esto no bastara, obra la conversación mantenida entre tres personas “abuela” que sería la madre de Juana Godoy, “Chiqui”, hermana de ésta y “Coquita”, Juana Godoy, correspondiente al teléfono de ésta. Allí, tras hablar sobre diversas alternativas de los sucesos ocurridos, “Chiqui” pregunta a “Coquita”, “Escuchame y porque cayeron, porque cayó Lito”, respondiendo ésta “porque estaba con Matías”. “Si ya sé, pero quien los vendió” continúa “Chiqui”, “no se” responde “Coquita”, continuando la charla. “Lito”, es el imputado César Millorini.

Por último, obra a fs. 875 una conversación entre Godoy y su esposo Millorini, ya detenido, donde éste le hace saber que tuvo que declarar por las escuchas, haciendo referencia al remisero que no confirmó su coartada de haber ido la mañana del hecho a San Isidro, junto a su esposa e hijo menor, entre otras palabras “...pero el remisero, bueno he.....”, cuando su esposa le manifiesta que ella también dijo que la había acompañado con su hijo a los tribunales de San Isidro añadiendo en otro tramo “agarrá al remisero pelotudo ese, sabes”.

El conjunto de todas estas charlas, como se ha visto mantenidas por Godoy con distintas personas, conforman una indubitable prueba cargosa, que no admite la posibilidad de que las cosas hayan sido de una manera diferente. Cuando se hace referencia a “papá”, no hay duda que se menciona a César Carlos Millorini. Cuando se habla de que “estuvo allí”, o que “estaba con Matías” es clara referencia al lugar del hecho. También es claro que “lo sacó” de la escena del mismo, porque sino su hijo no habría dicho “no se como estoy acá”, y otras expresiones relacionadas con el desastre que habría ocurrido “si su papá” no hubiera estado allí.

La prueba precedentemente relacionada, se fortalece y lleva a través de la aplicación de las reglas de la sana crítica, basadas en la lógica, la psicología y la experiencia común, al convencimiento que César Carlos Millorini tomó parte del hecho aquí ventilado, cuando se analizan las

explicaciones del causante para justificar su manifestada ajenidad con el hecho.

A poco de iniciada la causa, cuando es indagado, César Millorini negó toda vinculación con el hecho explicando que aquella mañana había concurrido a los tribunales de San Isidro, junto con su esposa e hijo menor Bryan, para ver a su hijo mayor que estaba detenido y era trasladado allí, para lo cual aportó una serie de detalles, que después fueron categóricamente desmentidos por la empleada de la remisería y por el conductor del remise en el que había efectuado el supuesto viaje quedando demostrado que, en esa oportunidad, habían viajado en el vehículo una señora y un pequeño de unos cuatro años -ver testimonial de considerando II, capítulo 1, apartado i)-.

Frente a esta realidad, en la audiencia de debate César Millorini dijo que había declarado de esa manera, porque su defensora así se lo aconsejó, pero que en realidad ese día se había quedado en su casa. Tales manifestaciones muy poca credibilidad merecen dado que lo dicho en su primigenia indagatoria, por los detalles aportados, no se compadece con su estado, según dijo, de no haber dormido durante tres días y haber sido golpeado y torturado. Tampoco esta circunstancia fue puesta en conocimiento de la jueza instructora, sin que sus explicaciones al respecto resulten atendibles.

Pero resulta que, también de su primera indagatoria ratificada en el debate, surge que su hijo llegó al mediodía herido y el lo acompañó en un remise hasta Zárate, a pedido de su mujer que lloró para que lo haga.

Sin embargo Juana Godoy, en la audiencia de debate y declarando por primera vez en la causa, nada dijo de esto. Al contrario, manifestó que se enteró de lo sucedido porque Matías la llamó y que éste no pasó por su casa. Que recién lo volvió a ver ya internado en el instituto. Esto se compatibiliza con la segunda charla mantenida con su hijo cuando éste le

cuenta algunos detalles del asalto, sorprendiéndose cuando se entera de que “no hizo la caja”, es decir que no tenía dinero consigo.

Tampoco Matías Millorini se refiere a esta cuestión, limitándose a decir que quien lo aguardaba afuera de la confitería no era su padre, en un claro intento de desligarlo del suceso, sin aportar otros datos.

A lo dicho cabe añadir otras explicaciones carentes de sustento dadas por el imputado en su indagatoria de fs. 431 que ratificó en la cual, además de reconocer las voces de sus hijos y de su esposa en las escuchas, dice que cuando su mujer manifiesta que él por fin tiene bolas o hace algo, se refiere a que esa mañana fue a los tribunales de San Isidro por su hijo César, lo cual como se ha visto quedó desmentido hasta por el propio imputado. Y luego, pretende justificar los dichos de su esposa a Matías, acerca de la suerte de que él estuviera allí porque si no hubiese sido un desastre, relacionándola con su actitud de acompañarlo a Zárate, lo cual como se ha visto también quedó refutado.

A todo lo expresado se añade su condición de experimentado chofer profesional, según lo refiriera al ser interrogado legalmente en la audiencia de debate, conocedor de las calles, lo que indudablemente facilitaba la tarea que le había sido asignada en el plan.

En suma, con los elementos analizados, se prueba fehacientemente que César Carlos Millorini tomó parte del asalto perpetrado por su hijo en compañía de Claudio Bonelli a la Confitería “La Villette”.

b) También se ha comprobado con la prueba expuesta en el considerando primero, apartados respectivos y con la relación efectuada en el punto precedente que César Millorini, en las circunstancias apuntadas, tuvo en su poder, de manera compartida con sus cómplices las armas individualizadas en el considerando primero calificadas como de guerra, utilizadas por éstos en el atraco. Ello se deriva del hecho de tomar parte del plan para ejecutar el robo, desempeñando el papel de chofer del automóvil empleado para desplazarse, transportando las armas en cuestión.

c) Por último, el delito de encubrimiento que se le atribuye a **César Millorini** queda probado con las declaraciones de los damnificados del robo del auto, Juan José Ventura Ramón y María Andrea Pianezzi - considerando segundo, capítulo 2, apartado j- quienes dieron cuenta del despojo sufrido el día anterior al del hecho de esta causa, perpetrado por dos sujetos jóvenes que responderían a las características de Matías y Millorini y Claudio Bonelli, siendo que, al materializarse los allanamientos en el domicilio de Millorini, se incautaron efectos pertenecientes a los damnificados que éstos reconocieron, así como la campera que tenía puesta Bonelli en el asalto a “La Villeta”, todo lo cual demuestra de manera fehaciente que César Millorini sabía que el rodado provenía de un delito y lo recibió con el propósito de obtener un beneficio económico.

3.- Respecto de Juana Cecilia Godoy.

Con relación a la nombrada, el Tribunal entiende que, tal como lo manifestara el Sr. Fiscal General en su alegato, los elementos probatorios incorporados al debate no han permitido establecer su vinculación con los hechos aquí juzgados en el grado de participación atribuido por la querrela, que sí formuló acusación estimándola partícipe secundaria en los delitos enrostrados a sus parientes esto es, robo agravado por el uso de armas, homicidio críminis causa y tenencia ilegal de arma de guerra.

En efecto. Los elementos de cargo obrantes en los respectivos requerimientos de elevación a juicio, esgrimidos por la querrela en esta instancia, sólo han alcanzado para poner en evidencia una importante maniobra encubridora por parte de la acusada como que, inmediatamente después de ocurridos los sucesos, desplegó sus esfuerzos para ayudar a su hijo a hacer desaparecer u ocultar rastros del delito, todo lo cual, si bien probado como se ha dicho, constituye un encubrimiento impune en razón de lo normado por el art.277, inc. 4º del Código Penal, pero que no demuestra que existiese un concierto previo para la comisión del ilícito ni que la causante obrare mediando una promesa anterior.

Se habla de conocimiento previo de los hechos, lo cual no está demostrado, pero aún así, no es ese conocimiento lo que la ley castiga a título de participación secundaria, sino el prestar una colaboración que no resulte esencial para la concreción del hecho, o bien obrando con posterioridad, en cumplimiento de promesa anterior. De ello no hay una prueba fehaciente.

No lo es que su hijo Matías tuviese su teléfono celular al tiempo de perpetrar el robo puesto que, dada la relación familiar, es posible que dispusiese del aparato sin que ello signifique una prueba irrefutable de participación de la mujer en el delito enrostrado.

Tampoco que expresara su sorpresa ante la noticia de que su hijo no se había hecho de dinero alguno de los clientes de la confitería, lo que llevaría a pensar en un interés en el botín que habría de obtenerse, porque ello no pasa de ser una sospecha más de las existentes, pero que no logra llevar con las demás al convencimiento buscado.

Llama sí la atención, la soltura, el desparpajo y la incontinencia verbal de esta mujer, que aún sospechando que podía ser escuchada, hablaba con sus familiares de un hecho sangriento que había coprotagonizado su hijo, como si se tratara de un episodio más de su vida cotidiana, sin mayor importancia, revelando una gran frialdad, soberbia e indiferencia absoluta por los muertos que arrojara este hecho, entre los que se encontraba un amigo de su hijo, sin importarle mayormente la suerte de éste - mucho menos la del policía - al punto de llegar a tener un entredicho telefónico con las hermanas de Bonelli.

Todo ello generó, tal vez justificadamente, un clima de sospecha sobre el verdadero papel desempeñado por la procesada Godoy, pero que resulta insuficiente para endilgarle la comisión de algunos de estos delitos a título de participe secundaria.

Es por ello que, por aplicación de lo dispuesto por el art. 3° del Código Procesal Penal de La Nación, se dictará su absolución de culpa y cargo, ordenándose un inmediata libertad.

VI.- CALIFICACIÓN LEGAL

1.- Los hechos por los cuales habrá de responder Matías Ezequiel Millorini, en calidad de coautor constituyen los delitos de robo agravado por el uso de armas, homicidio “*criminis causa*” cometido mediante el uso de armas de fuego y tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal, todos en concurso real entre sí -arts. 41 bis, 42, 45, 80, inc. 7°, 166, inc. 2° y 189 bis, párrafo cuarto del Código Penal-.

Dicho encuadre legal sólo ha merecido discusión por parte de la defensa oficial en lo referente al delito de homicidio que estimó comprendido dentro de la figura del art. 165 del Cód. Penal, comprensiva del robo. Como la cuestión ha sido analizada en el considerando IV, capítulo 1, apartado c, a él cabe remitirse a fin de evitar reiteraciones.

2.- Los hechos por los que debe responder César Carlos Millorini, constituyen los delitos de robo agravado por el uso de armas de fuego en grado de tentativa en calidad de partícipe necesario, tenencia de armas de guerra sin la debida autorización legal en condición de coautor y encubrimiento agravado por haber sido cometido con fin de lucro en calidad de autor, todos los cuales concurren materialmente entre sí -arts. 42, 45, 55, 166, inc. 2°, 189 bis, párrafo cuarto y 277, in. 2°, b), en función del inc. 1° c) del Código Penal-.

Respecto del primer encuadre legal, que hace al hecho principal de la causa, se considera que el aporte brindado por el incuso a la empresa delictiva, fue de carácter necesario, dado que evidentemente en los planes del trío se hallaba el de abandonar rápidamente el lugar tras perpetrar el robo, para lo cual resultaba imprescindible contar con la presencia de un vehículo en cual estuviese su chofer, con el motor en marcha y en doble fila aguardando la salida de sus cómplices, lo cual en definitiva ocurrió, bien que

con solo uno de ellos -el otro quedó muerto en la calzada- luego que el episodio derivara en un trágico final.

No existen pruebas fehacientes de que dicho aporte necesario haya ido más allá de la concreción del robo mediante el empleo de armas de fuego, cargadas y aptas para el disparo, es decir que esta complicidad contemplase concretamente el empleo de esas armas disparándolas contra las personas y mucho menos, con el propósito de matar con algunos de los fines contenidos en el art. 80, inc. 7°, del Código Penal, aspecto y decisión que escapa al dominio de quien no ingresó al local ni perpetró el hecho material.

No existe prueba alguna de que el causante haya acordado o consentido en que se empleen las armas con esta finalidad. No necesariamente quienes concurren a un hecho de esta naturaleza con armas en esas condiciones lo hacen decididos a dispararlas contra las personas. Pueden hacerse disparos intimidatorios o de contención, de manera que, para poner a cargo del cómplice las consecuencias derivadas del uso de las armas de ese modo debe acreditarse que consintió en ello, lo cual se deriva o infiere de las circunstancias del caso y los antecedentes de los protagonistas.

De hecho, cabe tener en cuenta que Matías Millorini registra por ante este Tribunal otras tres causas una de ellas calificada como robo con armas y otras dos como robo en poblado y en banda y robo simple por no haber existido secuestro de armas en las que no se efectuaron disparos.

No es este el caso de quien ya ha tomado parte en hechos de similar factura que culminaron con la ejecución de disparos contra las personas y que, se supone concurre al hecho consintiendo o habiendo acordado esa posibilidad o bien con el propósito de matar.

No parece que así hubiese sido en el caso, donde quien cumplía el rol de chofer quedando afuera a la espera de sus cómplices era el padre de uno de ellos, una persona de 45 años de edad que carece de antecedentes penales lo que hace presumir de su parte -salvo que hubiese tenido una trayectoria delictiva desconocida- un obrar ocasional que impide

con mayor razón tener por probado el concierto criminal encaminado a llegar a las mayores consecuencias, las que evidentemente se presentaron de manera inesperada para los jóvenes asaltantes que frente a la reacción del principal Falduto no encontraron mejor solución que matarlo, particularmente Matías Millorini que le descerrajó un balazo en la cabeza a escasos centímetros de distancia, cuando ya estaba en el piso malherido y sin posibilidad de defenderse.

Cargar a la cuenta de quien no ha ingresado al local asaltado ni esgrimido armas de fuego tamaña determinación de sus cómplices constituye una demasía que no solo contraría elementales principios que hacen a la participación criminal, sino también al sentido de justicia que debe gobernar las decisiones.

Sobre la base de estas reflexiones y en mérito a las probanzas arrojadas a la causa, se estima que la conducta de César Carlos Millorini de calificarse con el alcance señalado.

Respecto de los otros dos delitos, ya se ha explicado en el apartado respectivo cuál ha sido la responsabilidad de Millorini, lo que determina las calificaciones señaladas.

VII.- SITUACIÓN DEL MENOR

Matías Ezequiel Millorini cometió los hechos que se le atribuyen siendo menor de dieciocho años de edad, hallándose sometido al correspondiente tratamiento tutelar. Habida cuenta que el causante se encuentra dispuesto desde el mes de noviembre de 2001 y que próximamente, el 30 de septiembre del corriente año alcanzará la mayoría de edad, registrando ya tres declaraciones de responsabilidad en sendas causas tramitadas por ante este Tribunal, se considera que se encuentran sobradamente reunidos los requisitos exigidos por la ley 22.278 para resolver definitivamente su situación.

En esa tarea, compulsadas las constancias del expediente de disposición formado a su respecto y, teniendo en cuenta la gravedad de los

hechos analizados en los considerandos precedentes a lo que se suman los juzgados en las causas incorporadas al debate para su resolución, también de singular envergadura, se arriba a la conclusión de la necesidad de imponer pena al causante.

En efecto. Si bien todos los hechos delictivos que registra Millorini, por lo cuales ha sido responsabilizado y el presente, fueron cometidos en condición de menor de dieciocho años de edad, no registrando condenas como mayor, dado que se encuentra privado de la libertad desde la comisión del último, esto es antes de cumplir la mencionada edad, dicha circunstancia no obsta a la imposición de condena habida cuenta las particulares circunstancias que impregnan su historial delictivo.

Previo a los hechos de esta causa, Millorini había perpetrado tres asaltos a supermercados de la cadena “Disco”, ubicados en el Barrio de Palermo el 31 de agosto de 2001, el 7 de septiembre y el 17 de noviembre del mismo año, los que derivaron en la causas n° 2901, 2830 y 2754 de este Tribunal, en la cuales el nombrado fue declarado coautor penalmente responsable de los delitos de robo simple, robo en poblado y en banda y robo simple, y robo con armas en concurso real con tenencia ilegítima de arma de guerra, respectivamente, siendo que, el Sr. Fiscal General le pidió en ese orden penas de un año, tres años y cinco años y once meses de prisión, por el procedimiento de juicio abreviado.

Se ha dicho que estos hechos también eran de singular envergadura no obstante la calificación de dos de ellos. Uno constituyó un robo con armas y tenencia de arma de guerra, calificación que habla por sí sola. Los otros dos, fueron encuadrados como robo en poblado y en banda y robo simple, no obstante lo cual, la mecánica de los hechos y el “modus operandi” de estos últimos fueron exactamente iguales al primero, esto es, asaltos a supermercados de importancia con gran cantidad de empleados y público concurrente, sólo que en estos casos, por haberse detectado los hechos con posterioridad, no fue posible secuestrar las armas que los testigos vieron

en manos de los asaltantes y determinar su aptitud, razón por la cual la calificación quedó en robo simple y robo en poblado y en banda. Pero, más allá de estas cuestiones técnico jurídicas, no puede soslayarse la gravedad de los hechos, porque difícilmente alguien se aventure a asaltar un supermercado de la envergadura de los damnificados con armas de juguete o descargadas, mucho menos quienes han evidenciado en otros hechos todo lo contrario.

Tras ser internado por espacio de dos meses, se lo derivó a una comunidad terapéutica -Isla Silvia- de la cual se fugó el mismo día de su traslado, previo rechazar el tratamiento que por su adicción a los estupefacientes le ofrecía el equipo técnico de la comunidad.

De allí en tres meses más, reapareció con el hecho que aquí nos ocupa, respecto de cuya gravedad no parece necesario abundar. Baste señalar algunos aspectos que revelan de su parte una personalidad extremadamente desajustada, como que no trepidó en ejecutar fríamente a una persona malherida, casi innecesariamente a los fines perseguidos para, luego, ufanarse de haber “puesto a un cobani”, al que califica de “gil”, por haber entorpecido sus planes delictivos. Todas sus expresiones transcritas en las distintas escuchas muestran un sujeto que prioriza sus deseos sobre cualquier otro valor, de donde parece realmente difícil creer su declamado arrepentimiento en la audiencia de debate con el evidente propósito de colocarse en una mejor situación. No parece compatible su manifestación de “no haber querido matar a nadie” con la ejecución practicada en la persona del oficial Falduto.

Estas circunstancias, así mencionadas, bastan por sí solas para justificar la imposición de un pena -cuatro causas por graves delitos, uno de ellos inusualmente grave- no obstante lo cual habrán de mencionarse otras que derivan de las constancias del expediente tutelar y de los antecedentes del inculpo.

Ya con anterioridad al mes de noviembre de 2001, cuando se formara el expediente tutelar que corre por cuerda, Millorini exhibía una

importante cantidad de causas penales que fueron cerradas por inimputabilidad en razón de la edad, las que muestran su marcada proclividad a involucrarse en situaciones de riesgo -ver fs. 2085/088 de la presente-.

Es así que, inicialmente, tras los hechos de robo a supermercados, que motivaran la formación del expediente tutelar, se determinó la necesidad del traslado del menor a un establecimiento de seguridad, habiéndose detectado -a través de los estudios psicológicos realizados en su lugar de internación y en el cuerpo Médico Forense- una drogadependencia desde los trece años, con ingesta excesiva de alcohol los fines de semana, cocaína, psicofármacos y marihuana. La rinoscopia efectuada dio resultado positivo en grado cuatro, presentando distrofia severa, perforación setal, lesión química de larga data. Se aconseja en dicho informe la aplicación de una medida curativa. Respecto de su personalidad se establece que se trata de una personalidad indiferente con tendencia a la impulsión -fs. 7, 33 y 39 del expediente tutelar-.

No obstante ello, la Dirección del Instituto "Rocca", aconseja el traslado del menor a una comunidad terapéutica -fs. 35 - lo que así se ordena por el Juzgado interviniente, produciéndose el abandono del tratamiento por el incuso antes de iniciarlo, dado que se fuga el mismo día de su llegada, rechazando de plano realizar el tratamiento para el cual había sido enviado a la Isla Silvia -fs. 42, 47 y 51-.

Una vez detenido, tras los hechos de esta causa, permaneció internado en el Instituto Agote, siendo trasladado en el mes de enero de 2003 a la Unidad Penitenciaria para Jóvenes Adultos de Marcos Paz y finalmente al Penal de Ezeiza en diciembre de 2004.

El resultado del tratamiento tutelar incoado respecto de Millorini, ha dado resultados francamente negativos. Nunca el menor adquirió verdadera conciencia de su situación ni aceptó realizar el tratamiento necesario para superar su grave adicción a los estupefacientes. Tal como se desprende de los distintos informes arrojados al expediente tutelar, sus

acciones, fundamentalmente aquellas que lo mostraban con cierta docilidad y hasta pidiendo ser sometido a tratamiento, no eran más que un artilugio para lograr mejorar su situación colocándose en una postura más favorable para fugarse. Precisamente es lo que hizo apenas se lo trasladó a una comunidad terapéutica. En esa línea de conducta se inscribe indudablemente su arrepentimiento manifestado en la audiencia de debate, que lejos de parecer sincero, aparece como un recurso más tendiente paliar su grave situación procesal.

El informe médico forense de fs. 101/104, resulta categórico al describir una personalidad reveladora de estos rasgos sicopáticos, concluyendo en que presenta un superlativo trastorno antisocial de la personalidad. Que el cuadro descrito es irreversible, su peligrosidad para terceros altísima y el pronóstico muy desfavorable.

Su existir en las unidades penitenciarias no fue mejor. Salvo un breve lapso en que obtuvo tres buenas calificaciones de concepto y conducta - fs. 326, 328 y 333- su comportamiento fue deficitario, siendo pasible de sanciones por haber participado en graves desórdenes ocurridos en la unidad - ver fs. 362, 375, 378, 383 y 393-.

En síntesis, que nunca Millorini tomó verdadera conciencia de su situación ni realizó el más mínimo esfuerzo para revertirla. Su curriculum delictivo sólo se detuvo cuando fue apresado luego del hecho de sangre de esta causa, pues dados los antecedentes que se han venido examinando, todo hace pensar que, de no mediar su detención, habría continuado por la senda marginal elegida ya hace varios años.

El último informe de evolución remitido por el penal donde se encuentra alojado, confirma lo que se viene diciendo, dado que no se aprecian en él signos de arrepentimiento y autocrítica por su conducta, no realizando actividad alguna en el establecimiento.

Su medio socio ambiental obviamente no lo ayudó, dado que creció en un ámbito familiar no solo incontinente, sino lo que es peor

favorecedor de sus conductas delictivas, como lo demuestra el hecho elocuente de que junto a él en este juicio han estado sus padres, acusados de los mismos delitos, esto mas allá del resultado de la causa respecto de uno de ellos.

No obstante lo expresado y aún cuando pueda explicarse de alguna manera el grave trastorno antisocial de la personalidad de Millorini por estos factores negativos influyentes desde temprana edad, en la entraña misma de su hogar, los rasgos más arriba apuntados como la crueldad evidenciada al matar despiadadamente a una persona indefensa, revelan de su parte un “plus” de perversión que escapa a los parámetros habituales en estos casos y que no puede disculparse en las carencias afectivas o morales abrevadas durante su período formativo.

Sentado entonces que el imputado será condenado por los delitos por los cuales se lo declara responsable en esta causa y en aquellas ya mencionadas resueltas con anterioridad, es de señalar que tampoco le será concedido el beneficio de la reducción punitiva, dado que no se observa aspecto alguno que lo amerite, tal como se desprende de la reseña precedentemente efectuada.

Así como el caso del beneficio máximo contemplado por la ley minoril -la absolucón- que se acuerda a los menores que no volvieron a delinquir, o aún haciéndolo han mostrado claros signos de recuperación, también en el supuesto de la reducción punitiva, el beneficio debe ser alcanzado por el menor a través de su conducta, haciendo méritos y convenciendo de que a su respecto la imposición de la totalidad de la pena no es justa y resulta contraproducente.

No es el caso de Matías Millorini según resulta del estudio efectuado, razón por la cual se le impondrá la pena correspondiente al delito más grave de los que le resultan imputables.

Junto con la decisión condenatoria, habrá de decretarse el cese de la disposición tutelar.

VIII.-GRADUACIÓN DE LA PENA

1.- Para graduar la sanción a imponer a Matías Ezequiel Millorini se debe tener en cuenta la naturaleza, modalidades y consecuencias de las acciones incriminadas; la pluralidad de conductas delictivas en las que se ha visto involucrado; la gravedad de las mismas y el “modus operandi” desarrollado, particularmente en la presente causa donde además de matar de una manera cruel e inhumana a la víctima, puso en riesgo a terceras personas desatando un tiroteo de imprevisibles consecuencias; su comportamiento ulterior conforme se desprende las escuchas telefónicas afectadas a la causa; la extensión del daño causado. Todas las circunstancias analizadas en el considerando VI donde se determinó la necesidad de imponer pena al causante; su personalidad evidenciada a través de los informes psicológicos obrantes en el expediente de disposición y en esta causa, el medio socio familiar en que se desenvuelve; la impresión personal recogida en la audiencia de debate y las demás pautas que para la mensuración de la penas prescriben los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Habida cuenta que uno de los delitos por los cuales habrá de condenarse al menor -art. 80, inc. 7º del Código Penal- solo prevé la pena perpetua de prisión o reclusión, las pautas señaladas servirán para discernir cuál de las dos resulta aplicable.

En este caso se considera que corresponde aplicar la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas.

Establecido que fue en el considerando anterior, que Millorini no se hizo merecedor de la reducción punitiva prevista por la ley 22.278, la pena de prisión perpetua resulta ineludible.

Al respecto y como se sostuviera en las causas Nros. 833 y sus acumuladas y 1048 de este mismo Tribunal, seguida contra Dante Núñez y otros, y Guillermo Antonio Álvarez y otro resueltas el 12 de abril de 1999 y 28 de octubre de 1999 respectivamente y confirmadas ambas el 4 de abril de 2000 y 23 de junio de 2000 por la Excma. Cámara de Casación Penal,

se entiende que la aplicación de la mencionada pena en el caso traído a juzgamiento, no se halla en pugna con disposición constitucional alguna habida cuenta que, la prohibición de imponer prisión perpetua a quienes delinquen antes de cumplir los dieciocho años de edad contenida en el art. 37, párrafo a) de la Convención de los Derechos del Niño, incorporada a la Carta Magna por su art. 75 inciso 22 no es absoluta en la medida que permite la posibilidad de excarcelación o, en otras palabras, de acceder a la libertad condicional, lo cual es posible en nuestra legislación, conforme lo dispone el art. 13 del Código Penal, y por no ser aplicable a este caso lo preceptuado en el art. 14 de dicho código modificado por la ley Nro. 25.892 en atención a lo previsto en el art. 2 del referido código de fondo.

Las interpretaciones que se hacen para sostener que dicha pena es inaplicable a los menores, con todo respeto, no parecen válidas ni apropiadas al caso, por cuanto el texto legal es absolutamente claro y a él hay que atenerse. Si la Convención hubiese querido erradicar la pena de prisión perpetua del catálogo de sanciones aplicables a menores lo habría dicho expresamente, sin aditamento alguno. Como no es así queda claro que, como en el caso de la legislación argentina, cuando el condenado tiene la posibilidad de obtener la libertad, esto es una vez transcurrido el tiempo señalado por el Código Penal y habiendo cumplido la exigencia de observar los reglamentos carcelarios, la pena de prisión perpetua puede aplicarse sin desmedro de las disposición legal o constitucional alguna.

Por ello se considera que debe rechazarse el planteo de inconstitucionalidad formulado por la defensa oficial, teniéndose presente la reserva hecha del caso federal y de recurrir en casación.

2.- Para graduar la pena a imponer a César Carlos Millorini, se tiene en cuenta la naturaleza modalidades y consecuencias de las acciones incriminadas, la extensión del daño causado, la gravedad del hecho; la circunstancia de haber concurrido a cometer el delito con su hijo menor de edad; su edad y personalidad, medios de vida, ambiente socio económico en

que se desenvuelve, que carece de antecedentes penales y se trata de una persona que ha trabajado en condición de chofer; la impresión personal recibida en la audiencia y las demás pautas que para la mensuración de las penas prescriben los arts. 40 y 41 del Código Penal.

IX.- EXTRACCIÓN DE TESTIMONIOS.

El imputado Matías Ezequiel Millorini, en su declaración indagatoria rendida ante el Tribunal, al ser interrogado acerca de sus datos y referencias personales, dijo que en el Penal donde se encuentra alojado - Complejo Penitenciario Federal n° 1 de Ezeiza- ingresa droga y que él en algunas oportunidades ha consumido.

Por su parte, César Carlos Millorini, dijo que tras su detención el 6 de abril de 2002, fue alojado en la Comisaría 53 de la Policía Federal, donde fue golpeado y torturado, habiendo concurrido al Palacio de Justicia a declarar tres días después sin haber dormido.

A fin que se investigue la posible comisión de delitos de acción pública, corresponde extraer los testimonios correspondientes y enviarlos a los órganos jurisdiccionales encargados de hacerlo.-

B) El Dr. Pablo Jantus, dijo:

I) Situación de César Carlos Millorini.

1) No comparto la solución a la que han arribado mis colegas, Dres. Arias y Albano, ya que, según mi modo de ver, el solitario elemento de convicción que logró acercarse para considerar que el imputado tuvo participación en el evento investigado no es suficiente para arribar a un juicio de reproche.

Antes de tratar específicamente la situación del inculcado, creo menester efectuar algunas consideraciones en punto al modo como valorar la prueba en el juicio penal, tanto en términos generales como en forma específica en el caso en particular.

Se debe a Luigi Ferrajoli ("Derecho y Razón", Editorial Trotta, España, 1998, p. 105 y ss.) la enunciación con absoluta claridad, de las dos alternativas en las que puede transitar el Derecho Penal, con relación al concepto de certeza. Señala este autor que "La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente resulte castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune...La certeza de derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado, viene garantizada por el principio in dubio pro reo...". Añade que a este último modelo, corresponde "no sólo el máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza...Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos...Y una norma de clausura del modelo de derecho penal mínimo informada por la certeza y la razón es el criterio del "favor rei", que no sólo permite sino que exige intervenciones potestativas y valorativas de exclusión o de atenuación de la responsabilidad cada vez que subsiste

incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena. A este criterio son referibles instituciones como la presunción de inocencia del imputado hasta la sentencia definitiva, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la absolución en caso de incertidumbre sobre la verdad fáctica y, por otro lado, la analogía *in bonam partem*, la interpretación restrictiva de los supuestos típicos penales y la extensiva de las circunstancias eximentes o atenuantes en caso de dudas sobre la verdad jurídica...".

Como puede observarse, no resultan extraños a nuestras pautas constitucionales los postulados axiológicos que el autor citado consigna como integrantes del derecho penal mínimo, constituyendo el concepto de certeza uno de los elementos liminares de la actividad cognoscitiva en el proceso penal.

Al respecto, no es ocioso recordar que, en un proceso penal, el grado de convicción que debe nutrir las decisiones jurisdiccionales, evoluciona desde una mera sospecha sobre la responsabilidad penal de un individuo - que habilita su llamado a indagatoria (artículo 294 del código de rito) y, así, su vinculación al proceso - hasta la conquista de una certeza absoluta sobre su culpabilidad, base de una sentencia condenatoria. Cafferata Nores enseña en este sentido que todo imputado, "gozando... de un estado jurídico de inocencia constitucionalmente reconocido (C.N., artículo 18) y legalmente reglamentado (artículo 1, C.P.P.N.), únicamente podrá ser declarado culpable cuando las pruebas hayan producido la más plena convicción del tribunal al respecto" (Cafferata Nores, José "La prueba en el proceso penal", p. 9, Editorial Depalma, 1994).-

Siguiendo al citado autor, puede decirse que hay certeza sólo cuando se tiene la firme convicción de estar en posesión de la verdad. En cambio, cuando se advierte una indecisión del intelecto acerca de la existencia o inexistencia del objeto sobre el cual se está pensando, derivada del equilibrio entre los elementos que inducen a afirmarla y aquellos que inducen a negarla -

siendo todos ellos atendibles -, impera la duda. En ella, el intelecto oscila, pues es llevado desde el sí hacia el no, sin poder quedarse definitivamente en ninguno de los dos (conf. op. cit. pág. 7).

Julio B. Maier, al referirse al principio de inocencia ("Derecho Procesal Penal", tomo I, "Fundamentos", Ediciones del Puerto, Bs. As., 1996, 2ª edición, p. 492 y ss.), indica "Desde este punto de vista es lícito afirmar que el imputado goza de la misma situación jurídica que un inocente. Se trata, en verdad, de un punto de partida político que asume - o debe asumir - la ley de enjuiciamiento penal en un Estado de Derecho, punto de partida que constituyó, en su momento, la reacción contra una manera de perseguir penalmente que, precisamente, partía desde el extremo contrario. El principio no afirma que el imputado sea, en verdad, inocente, sino, antes bien, que no puede ser considerado culpable hasta la decisión que pone fin al procedimiento, condenándolo...". Más adelante (p. 494) y al explicar el principio "in dubio pro reo" - art. 3 del Código Procesal Penal - el citado profesor expresa que el brocárdico tiene antecedentes en el Derecho Romano de la última época imperial, con la fórmula "Satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damamri" (es preferible dejar impune al culpable de un hecho punible que perjudicar a un inocente); mientras que en el Derecho Canónico tenía vigencia la máxima "actore non probante reus absolvitur", tomada luego por el Derecho Común inquisitivo ("Innocens praesumitur, cuius nocentia non probatur; Omnis praesumitur bonus nisi probetur malus"). Sin embargo, el Dr. Maier admite que la actual concepción de este principio, surge con el Iluminismo y del movimiento político que él formó (art. 9 de la "Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano"). Agrega que: "Su contenido, al menos para el Derecho Procesal Penal, es claro: la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena sólo puede estar fundada en la certeza del Tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Precisamente, la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de

destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución. Cualquier otra posición del juez respecto de la verdad, la duda, o aun la probabilidad, impiden la condena y desembocan en la absolución...".

Añade que "Los conceptos de certeza, probabilidad y duda se utilizan en este contexto aludiendo a una relación de conocimiento y al conocimiento histórico. En efecto, todo se reduce a una relación de conocimiento, esto es, a la relación que existe entre el sujeto cognoscente y el objeto que pretende conocer, trascendente a él. Y este objeto es real, existe en el tiempo (un comportamiento humano), por lo que aquí aludimos al conocimiento reproductor, copiator de objetos reales, y no al conocimiento motor, creador de objetos (caso del conocimiento matemático). Tanto los jueces como las demás personas que intervienen en el procedimiento argumentan sobre la base del intento de conocer la verdad acerca de un hecho que, se afirma, ha ocurrido realmente: una de las funciones que cumplen es, por ello, la del historiador, pues, apelando al mérito de los elementos de prueba válidamente incorporados al procedimiento (los "rastros" que del comportamiento humano quedan en el mundo), reconstruyen en el presente un acontecimiento humano que se ubica en el pasado. A la omisión pueden aplicarse los mismos conceptos, aunque invertidos: se trata aquí de averiguar si la acción debida no se llevó a cabo."

"En este contexto se llama verdad a la correspondencia correcta entre la representación ideológica del objeto, que practica el sujeto que conoce, y la realidad: es la representación ideológica correcta de una realidad ontológica o, con palabras más sencillas, la concordancia del pensamiento con el objeto pensado."

"Quien aprecia los elementos de prueba puede, sin embargo, adoptar posiciones diferentes respecto de la verdad: puede convencerse de que la ha alcanzado, tiene la certeza de que su reconstrucción es correcta; se inclina a admitir que ha alcanzado la verdad, pero en un grado

menor al anterior, pues los elementos que afirman esta conclusión superan a otros que la rechazan, hábiles sin embargo para evitar su convicción total de haber elaborado un juicio correcto, sin errores, afirma sólo la probabilidad de que su reconstrucción es acertada; por último, comprende que no conoce la verdad, pues los elementos que afirman algo se balancean con los que lo niegan, la duda es absoluta. Conviene advertir que de estas tres posiciones, las dos primeras han sido afirmadas como bipolares, pues se puede exteriorizar la certeza o probabilidad de que algo existió o no existió; por ejemplo, de que el imputado tomó parte en la ejecución del hecho o de que no participó en él; la duda, en cambio, es siempre un estado de incertidumbre y, por tanto, neutro."

"Si, convencionalmente, llamamos certeza positiva o probabilidad positiva a aquella que afirma el hecho imputado (sus elementos determinantes) y, al contrario, certeza negativa o probabilidad negativa a aquella que se dirige a explicar como inexistente el hecho imputado ...es correcto afirmar que sólo la certeza positiva permite condenar y que los demás estados del juzgador respecto de la verdad remiten a la absolución, como consecuencia del "in dubio pro reo". Adviértase, sin embargo, que ello sucede en la sentencia, pues, durante el transcurso del procedimiento algunos actos y decisiones intermedias exigen tan sólo un fundamento de menor grado: por ejemplo, la decisión que autoriza el encarcelamiento preventivo...sólo reclama la llamada probabilidad positiva acerca de la imputación....".

Enseña Maier, asimismo, que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha reconocido la vigencia constitucional del aforismo y su significación, aunque casi siempre con el argumento sobre la imposibilidad de invertir la carga de la prueba (Fallos t. 295, p. 782). Además, dicha garantía está expresamente contenida en el art. 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a nuestro ordenamiento jurídico, con jerarquía constitucional, de acuerdo a la actual redacción del art. 75 inciso 22 de la Carta Magna. Al referirse al principio del "Onus Probandi", Maier explica (op.

cit. p. 510) que: "Más que sobre el in dubio pro reo, la jurisprudencia de tribunales superiores ha tenido oportunidad de expedirse sobre esta regla derivada; ello en virtud de que los tribunales de mérito no han osado desconocer directamente el in dubio pro reo como máxima que rige la reconstrucción fáctica en la sentencia - de allí su difícil control en casación -, probablemente por su imposición cultural innegable; antes bien, han acudido a procedimientos reñidos con su sentido, pero mediante fórmulas idiomáticas pretendidamente alejadas de su núcleo, argumentando sofisticadamente para desconocer el principio. Una de estas formas - nada inteligente, por cierto - fue la de "cargar" la prueba sobre el imputado cuando él invocaba algún hecho que excluía la condena o la pena; y allí nuestro tribunal constitucional, quizá con defecto idiomático, pero con indudable corrección interpretativa del sentido del principio estudiado, rechazó esas sentencias, casándolas con la misma fórmula: el fallo importa violación a la garantía del art. 18 de la Constitución nacional, pues invierte la carga de la prueba y la exige al imputado".

Sobre estas pautas, es que se examinará, a continuación, la prueba acercada al juicio con relación al imputado César Millorini.

2) Existe un precedente, que resolvió ya hace muchos años un caso de mucha repercusión, en el que, estructuralmente, se dilucidaba un cuadro probatorio semejante al que encontramos en autos. En aquel caso, también había tres procesados, uno de ellos había confesado la comisión del delito y los otros no, con lo que era necesario examinar la situación de cada uno mediante diferentes medios de prueba.

El primer voto, cuya docencia es indiscutible, fue emitido por el Dr. Julio Ledesma, y se transcribe, en las partes pertinentes, a continuación (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala II, rta. el 28/08/1979, "Leiva, Pedro A.", LA LEY 1980-A, 574): "1) ¿En qué forma debe probarse? El veredicto, según quedó dicho, está integrado por un juicio lógico que no es sino el "substractum" de la declaración de voluntad

del sentenciante obtenida de motivaciones fácticas hilvanadas sobre la base del estricto cumplimiento de un conjunto de normas jurídicas probatorias para que lo conduzcan a un mismo y único resultado. Porque, justamente, la condición que le impone la esencia misma de la sentencia penal en que entran en juego, por sobre todo, la libertad y la honra del hombre, lejos está de agotarse en simples apariencias formales o en una mera exterioridad, sino que reside en la de una auténtica realidad o, en otros términos, en la expresión de la verdad material del hecho y de su autor. De aquí que para llegar a ella le está vedado al juzgador transitar por un camino ribeteado de subjetivismo u ornamentado de discrecionalidad, porque no es un acto de fe, sino un documento de convicción razonada."

"Sobre estas bases descansa pues la labor probatoria del juez que debe responder, consecuentemente, a un orden derivado esencialmente de las pretensiones invocadas por las partes o al menos de lo reconocido por ellas que es, en definitiva, lo que se busca probar en todo proceso. Por consiguiente, lo que el magistrado debe tener en cuenta como punto de referencia para el desarrollo de la sentencia a la que se encuentra avocado, es, en primer término, si hay o no confesión, desde el momento que ésta al constituir el reconocimiento voluntario y libremente determinado que vierte en juicio el procesado sobre el hecho y la participación que se le reprocha, deja cerrado prácticamente de antemano todo el ciclo probatorio sobre cuyo correcto trazado se centra todo el esfuerzo del juzgador. Esto permite adelantar que para una decisión asertiva la sentencia tiene que estar constreñida al cumplimiento de una determinada estructura probatoria sobre la base de tres hipótesis: confesión, confesión calificada y negativa, toda vez que las demás probanzas previstas por el Cód. de rito con excepción de la testimonial, son simplemente adicionales o adquieren el carácter de complementarias de las mismas."

"a) El hito basado en la confesión no sólo sirve de punto de arranque como primera hipótesis para el examen de las piezas de convicción

en la sentencia, sino que resulta también un factor simplificador por sí mismo para dicho examen, dado su carácter de prueba condicionada heterogénea que le permite adquirir plena validez legal ante la sola comprobación de que está corroborada por otras circunstancias y accidentes referentes al hecho enjuiciado (doctr., art. 316, inc. 7, Cód. cit., "El proceso penal", t. I, p. 196). Pero suele ocurrir que no siempre la referida prueba es lisa y llana, sino que se presenta también en una actitud jónica en cuanto el confitente en que, si bien por un lado reconoce paladinamente la existencia del hecho y su autoría, invoca, por otro, una causal desincriminatoria o atenuante."

"b) Esta situación procesal en que se coloca voluntariamente el agente mediante la confesión calificada, corresponde también tenerla en cuenta para una segunda hipótesis de andamiaje de la sentencia al introducir un "plus" al primer caso antes apuntado, al basarse en una parcial negativa sobre la que queda en adelante limitada la prueba de cargo."

"c) En vez, la ausencia de toda confesión, vale decir la negativa, implica dejar en pie la evaluación de todos los elementos de juicio allegados a la causa ante el total rechazo de autoría del encausado, por lo que su tratamiento como tercera hipótesis se impone. Tanto más, en que su resultado favorable o desfavorable al prevenido sólo puede obtenerse a través de un integral balance de la prueba de cargo frente a la de descargo de carácter indiciario o de la presencia o no de una prueba perfecta (arts. 306 y 358, Cód. de Proced. Crim.), que se presenta en contados casos y que sirve por si misma para acreditar plenamente la materialidad del hecho doloso enjuiciado y su ejecución."

"La mecánica así trazada para la construcción de la sentencia asume, por tanto, para la labor del juzgador, trascendental importancia porque de ella podrá extraer con certeza conclusiones irrefutables que le servirán de soporte incontrovertible a la parte dispositiva del veredicto, desde que ésta no es sino la conclusión final y necesaria del análisis de los

presupuestos fácticos y normativos efectuados en los considerandos de la sentencia como consecuencia de su unidad lógico jurídica."

Luego de referirse a las características de la prueba de confesión, que no examino en el caso dado que no existen problemas en este sentido con relación al imputado, que siempre ha negado la comisión del ilícito, el Dr. Ledesma se ocupa del problema de la prueba indiciaria en los siguientes términos: "c) Presunciones o indicios: No siempre la prueba que me ocupa es examinada como corresponde, desde que necesita una estructura particular, una organización interna distinta a las de las demás porque obedece filosóficamente a otros principios. Esto se pone de manifiesto cuando se trata de determinar la índole de la operación mental que se efectúa respecto al proceso lógico indiciario o cuando se pretende saber cuál es el fundamento racional de este tipo de prueba para poder extraer de él resultados asertivos cuando la decisión de que se trata recae sobre hechos derivados de un concurso de indicios."

"A pesar de la complejidad anotada, su esclarecimiento no está, sin embargo, vedado. Para obtenerlo, cabe partir, en mi opinión, del contenido conceptual de indicio. Este está conformado así, por todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, por toda pieza viva o hecho conocido debidamente comprobado, susceptible de llevar por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido, que se extrae de las relaciones lógicas o intuitivas derivadas de la naturaleza de las cosas."

"La palabra indicio tiene, por consiguiente, dos contenidos conceptuales: el hecho indicador o indiciario y el de inferencia indiciaria o presunción. Esta última no se utiliza para individualizar hechos, sino operaciones de la mente o estados de espíritu por lo que constituye así una circunstancia inducida, pero para que adquiera relevancia jurídica debe fundarse necesariamente en hechos reales y probados (art. 358, inc. 7, ídem)."

"Lo que la ley ha querido simplemente con este sistema probatorio es descartar una prueba conjetura obtenida exclusivamente de

índices inciertos, por cuanto la experiencia demuestra que la mayor parte de los errores judiciales provienen no tanto de la interpretación de los indicios, sino de su comprobación defectuosa. De aquí que nuestra ley rituarial haya rodeado a la prueba que me ocupa de ciertas garantías, para que pueda ser empleada como cerrojo para una condena, poniendo a cargo de las partes para su aplicación en todo proceso el estricto cumplimiento de los siete recaudos que consigna el art. 358 del aludido cuerpo de leyes, los que pueden reducirse, a su vez, a los cuatro siguientes puntos fundamentales: 1) indicios o hechos indicadores: 2) combinación o síntesis de los indicios; 3) Combinación de las inferencias indiciarias, y 4) conclusión."

Señala, con relación a los tres últimos requisitos de la prueba indiciaria, lo siguiente: "a) Deben ser varios, reuniendo cuando menos el carácter de anteriores al hecho y concomitantes con el mismo (inc. 2): Un solo indicio aun grave no es suficiente para demostrar la culpabilidad del encartado. No cabe duda de que esta situación se produce cuando ésta sea la única prueba aportada al proceso, dado que un indicio acoplado a otras piezas de convicción constituirían, en cambio, probanzas suficientes para demostrar la existencia de un hecho doloso y su autoría."

"b) Deben ser concordantes los unos con los otros, de manera que tengan íntima conexión entre sí y se relacionen sin esfuerzo, desde el punto de partida hasta el fin buscado (inc. 6): Este requisito exige que se ensamblen los indicios entre sí, de modo que produzcan un todo coherente y natural en el cual cada hecho indiciario tome su respectiva colocación en cuanto al tiempo, lugar y demás circunstancias. De aquí que la fuerza probatoria de los indicios no depende del análisis aislado de cada uno en particular, sino de la lógica concordancia de su conjunto apreciada razonablemente a la luz de la sana crítica."

"3) Combinación de inferencias indiciarias: No deben ser equívocas, es decir, que todos reunidos no puedan conducir a conclusiones diversas (inc. 4). Esta convergencia de que deben estar dotadas las inferencias

indiciarias al tener que concurrir a un mismo fin exige para que adquieran validez de plena prueba que tengan relación directa con el delito, que sean varias las que eslabonadas unas con otras deban llevar lógica y naturalmente al ilícito mismo y no a otra conclusión por su carácter ambivalente."

"4) Conclusión: En tales condiciones, la conclusión debe ser: a) Inmediata: Esto determina que la conclusión no debe obtenerse nunca de una cadena de silogismos, si no como consecuencia de un exclusivo desarrollo mental de tipo silogístico. De aquí que no sea inoportuno añadir que esta operación intelectual exige partir, para que sea adecuada, de un hecho conocido debidamente comprobado, susceptible de llevar por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido que se extrae de las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas. b) Asertiva: La convicción del magistrado sobre la existencia de la realidad objetiva del hecho doloso enjuiciado y su autoría extraída de este género de prueba, no debe dar lugar a ninguna duda razonable por cuanto, conforme quedó dicho, los indicios deben fundarse inexcusablemente en hechos reales y probados. Por eso este tribunal ha podido establecer que la posibilidad o verosimilitud de que haya ocurrido un hecho en determinada forma, sólo puede tomarse como un indicio incierto, pero que no es suficiente para fundar una condena, dado que requiere afirmaciones categóricas, conclusiones asertivas y hechos probados ("in re": Ageitos, 23/4/40, Fallos, CCC, t. IV, p. 546 -Rep. La Ley, III, A-I, p. 804, sum. 3-)"

Por otra parte, y con relación, específicamente, al valor que debe otorgarse, como medios de prueba, a las intervenciones telefónicas, Tomás López Frago Álvarez ("Las intervenciones telefónicas en el proceso penal", Editorial Colex, Madrid, España, 1991, pp. 116 y ss.), señala que "Normalmente la fuente de prueba obtenida lícitamente mediante una medida de intervención telefónica e incorporada al material probatorio del juicio oral mediante un medio de prueba documental y/o de inspección ocular, tendrá el valor de las pruebas indiciarias o indirectas...". En la nota respectiva (nº 259)

cita la sentencia del Tribunal Supremo español, del 25 de junio de 1990, en la que se resume la teoría general de la prueba indirecta con las siguientes palabras: "a) El derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de la prueba indiciaria, ya que no siempre es posible en estos juicios utilizar la prueba directa y prescindir de aquélla conduciría en ocasiones, a la impunidad...b) No debe tratarse de un solo indicio, sino que deben existir varios, dependiendo de las circunstancias, su cualificación y número. C) Los hechos indiciarios han de estar probados en la misma causa. D) Entre los indicios y su consecuencia debe existir el adecuado correlato, es decir, la convicción judicial sobre la culpabilidad exige una armónica relación que descarte toda irracionalidad o gratuidad en la génesis de dicha apreciación. E) Excepcionalmente puede utilizarse, con especial cautela, los contraindicios, siempre que su aplicación no implique para el procesado soportar la intolerable carga de probar su inocencia, lo que sería inconstitucional y contrario a los principios en que se inspira el proceso penal. F) El Tribunal debe dejar constancia del iter o camino racional en virtud del cual ha enlazado, bajo criterios de lógica y racionalidad y de conformidad con las reglas de la experiencia y del criterio humano, los indicios y conclusión condenatoria...".

"...En la mayoría de los casos no podrá otorgarse más valor a la prueba obtenida a través de la captación de las manifestaciones realizadas mediante teléfono que el de estas pruebas indiciarias. Ello incluso en los casos en que el propio acusado haya manifestado en su día y en el curso de una conversación telefónica intervenida que él realizó el acto delictivo investigado. Aun en este caso la fuente de prueba se limita a la indicación o manifestación por parte del imputado de haber realizado una determinada conducta o actividad delictiva, no alcanzando nunca, por la propia naturaleza y contenido de la medida de intervención telefónica, el grado de una prueba directa de lo que se ha manifestado que se va a hacer o se ha hecho...". Refiere, asimismo, que este tipo de prueba "nunca podrá tener por contenido

una confesión o un testimonio del imputado o de otros sujetos pasivos de la medida...En todos los casos las manifestaciones captadas con la medida que posean aptitud probatoria, tendrán que considerarse como un hecho y no como un acto procesal...".

Añade que, usualmente, este tipo de medidas constituyen herramientas para obtener otros medios de prueba, señalando que: "Cuando se respeten los límites debidos para la ejecución de actos de investigación indirectos y su consecuente adquisición de fuentes de prueba independientes de los obtenidos directamente con la intervención telefónica, estas fuentes de prueba autónomas adquiridas gracias a los conocimientos brindados por las conversaciones fiscalizadas podrán constituir pruebas directas o indirectas, según cada caso, de la comisión del hecho delictivo investigado por parte del imputado, logrando así su condena. Condena que, en definitiva, se habrá producido gracias a la medida de intervención telefónica, la cual permitió adquirir los conocimientos sobre los que fundar...los actos de investigación y/o de adquisición de elementos de prueba...".

3) Ahora bien, explicadas todas las pautas en las que me basaré para tratar la situación del imputado César Millorini, cabe ahora examinar qué pruebas se han reunido en su contra durante la investigación.

El imputado, a lo largo del proceso, negó su participación en el evento, esto es, afirmó una y otra vez que él no era quien conducía el rodado con el que su hijo Matías se alejó del lugar del hecho. Es cierto que modificó la versión originaria de que el día del suceso se había dirigido con su ex esposa a San Isidro, Provincia de Buenos Aires, para ver a su otro hijo, que estaba detenido; como también lo es que esta coartada fue desbaratada por el chofer de remis que condujo a aquella. Está claro que César Millorini, ante esta circunstancia, modificó su versión aduciendo que, en la fecha citada, estaba en el domicilio de su ex mujer, dado que había sido operado y prefería quedarse cerca del centro médico donde se había atendido. También que, en una de las grabaciones incorporadas al debate, discute con Juana Godoy por

las intervenciones telefónicas, habiendo acaecido esta conversación después de su declaración indagatoria.

Todas estas circunstancias podrían mensurarse como el llamado indicio de "mendacidad", al que me referiré más adelante.

Sin embargo, lo cierto es que, como quedó expuesto en el voto de mis distinguidos colegas, la única prueba de cargo que surge de la investigación, en cuanto a la participación que se le atribuye a César Millorini, está dada por las intervenciones telefónicas dispuestas tras la comisión del hecho por parte de su hijo. En todas ellas una de las interlocutoras era su ex esposa y coimputada, Juana Godoy, quien, a distintas personas, directa o indirectamente refirió que el nombrado César Millorini era el que conducía el vehículo en el que se fugó su hijo Matías luego de ultimar a la víctima.

El problema, claro está, radica en resolver qué valor probatorio tienen estas manifestaciones, como también dilucidar si, huérfanas de otros elementos directos que corroboren esos dichos, se ha alcanzado certeza sobre la participación del incuso. Cabe destacar, a esta altura, que la aludida Godoy en el proceso no ratificó el contenido de esos dichos, aunque admitió haber tenido alguna de las conversaciones que se leyeron en el debate; dicho de otro modo, Godoy no afirmó en su declaración indagatoria que su ex marido era uno de los cómplices del hecho. Como quedó asentado, por otra parte, Matías Millorini enfáticamente negó tal circunstancia, aseverando que su progenitor no era el chofer del rodado.

La grabación transcrita y oralizada en el debate, como quedó desarrollado en el apartado anterior, no puede constituir una prueba testimonial. No sólo porque carece de sus formalidades propias (juramento, inmediación, posibilidad de repreguntar), sino además, en el específico caso de autos, porque los dichos de la esposa de uno de los imputados y madre del otro no es hábil como testimonio, por la expresa prohibición del art. 242 del Código Procesal Penal; a punto tal que, si esas manifestaciones se hubieran producido bajo juramento en el debate, la declaración sería insalvablemente

nula. Tampoco tienen el valor de una confesión, por las razones expuestas por López-Fragoso Alvarez, y, por ende, únicamente pueden mensurarse como un indicio.

Según mi modo de ver, más allá de lo impresionable de su contenido, este indicio no es unívoco, puesto que las circunstancias en que se captaron las conversaciones y la calidad de quien las emitió, impiden predicar con certeza acerca de su veracidad. En efecto, nótese que en la comunicación que la procesada Godoy mantiene con su hijo Matías, éste pone de resalto que había recibido llamadas anónimas, que nadie hablaba cuando atendía y que únicamente aparecían dos ceros en la pantalla del teléfono celular, lo que le hacía sospechar de que la línea había sido intervenida por las autoridades; estas circunstancias llevaron a la procesada a aconsejarle a su hijo que extrajera la batería del aparato celular y que lo desechara, para, en lo sucesivo, comunicarse desde otro teléfono. Insólitamente y desoyendo sus propias recomendaciones, en la misma conversación, Godoy se queja ante Matías Millorini por los riesgos que había corrido en el evento y da cuenta de la participación de su ex marido, refiriendo que era quien había sacado a aquél del lugar.

Es decir, claramente surge de la grabación telefónica que Godoy, pese a que sabía que estaban escuchando la conversación, igualmente comprometió a su ex esposo en el suceso. Esta situación, por otra parte, se da en las restantes intervenciones telefónicas documentadas, en las que los participantes permanentemente aluden al cuidado con que tenían que hablar, no obstante lo cual se referían a los sucesos investigados pasando por alto, inexplicablemente, esas mismas prevenciones.

También resulta inexplicable, a poco que se considere el cuadro de situación que se daba en aquellos momentos, que la imputada decidiera concurrir a varios programas de televisión, donde reproducían las grabaciones telefónicas - que todos los medios tenían a su disposición, vaya a saber porqué, como si se trataran de documentos con acceso al público en

general y no medios de prueba que afectaban la intimidad de las personas y en el que se mencionaba reiteradamente a un menor de edad - sometiéndose a inquisiciones periodísticas ciertamente penosas para ella, llegando, inclusive, a que se cotejen sus dichos con un detector de mentiras.

Si consideramos que la familia Millorini estaba atravesando por un momento de excepcional gravedad, lo que queda gráficamente demostrado en los vídeos reservados en Secretaría, que sabían que Matías Millorini había matado en un hecho delictivo a un policía que cumplía funciones en ese momento como custodio de un alto funcionario del gobierno y que funcionarios policiales y el Juez a cargo de la investigación lo buscaban denodadamente; si, a todo ello, agregamos que el matrimonio se había separado un tiempo atrás y que no mantenían la mejor relación, a estar a las constancias previas que surgen del expediente tutelar del menor encartado, es razonable colegir que, por lo menos, la prueba indiciaria que constituye la intervención telefónica es equívoca, puesto que, ciertamente, las manifestaciones de Godoy, en ese marco, son tan burdas e imprudentes que parecen emitidas adrede.

La pregunta, entonces, es la siguiente: ¿puede concluirse, únicamente con esas escuchas telefónicas, que los hechos sucedieron tal como los menciona la imputada Godoy?. ¿Merecen plena fe, a punto tal de sostener que sólo con ellos hemos adquirido la certeza necesaria para arribar a un juicio de reproche contra su marido?. Sin hesitación entiendo que no. Esas solitarias manifestaciones, a las que se les puede asignar nada más que valor indiciario, no pueden prevalecer, sin otros elementos que los corroboren, sobre las negativas de los inculcados en las distintas declaraciones que prestaron. ¿Porqué creer más a lo que dijo Godoy en la declaración telefónica que a lo que todos manifestaron en los actos procesales en que participaron?; no por la espontaneidad de esas conversaciones puesto que, como vimos, carecían de esa cualidad.

Pero aún suponiendo que esas comunicaciones constituyan un indicio inequívoco de la participación de César Millorini en el acontecimiento, tampoco son suficientes para fundar una sentencia condenatoria, puesto que, por sí solas, no gozan de suficiente peso como para sostener, racionalmente, un estado de certeza. Vimos en los párrafos anteriores cuándo se verifica esa situación de certeza apodíctica o de probabilidad positiva, que permite reputar acreditado un hecho y la participación del acusado. Tanto el Dr. Ledesma, como López-Fragoso Alvarez, así como el Supremo Tribunal Español, dan cuenta de cómo debe funcionar la prueba de indicios; ello, en distintos sistemas, dado que el análisis de Ledesma parte de las normas del Código Procesal en Materia Penal que regía, en el orden nacional, en la época en que emitió el voto, esto es, un código escrito, con prueba tasada, en el que se indicaba al juez cómo valorar los distintos elementos acercados al expediente. El Tribunal extranjero, con un código procesal más moderno, en el que los jueces deben demostrar racional y motivadamente porqué dan por comprobado un evento. Y en los dos sistemas, la prueba de indicios tiene los mismos requisitos: no basta con uno solo, tiene que haber varios, unívocos, es decir, que no conduzcan a soluciones diversas, sino todos orientados en el mismo sentido; se deben amalgamar fácilmente entre sí, conformando un entretejido que naturalmente conduzca a la conclusión sin ningún esfuerzo. Este encadenamiento lógico de elementos, con ese funcionamiento, es el que proporciona el peso de la certeza al juzgador y a terceros que, leyendo la motivación, puedan seguir el razonamiento efectuado.

Claro está que, si no contamos con varios indicios, esa construcción no puede realizarse y, por ello, es que los autores consignados establecen que, uno de los requisitos ineludibles de este tipo de pruebas es la comprobación de la existencia de varios indicios; la explicación de porqué son necesarios es simple: en la prueba indiciaria, el todo se construye a partir de la conjunción, de encastrar, varias partes que, unidas, conforman un todo, mas, una sola pieza, no conforma el todo, sino solo una parte. Por ello, un solo

indicio, por más peso que tenga, no es suficiente para destruir el estado de inocencia del que goza todo ciudadano.

Justamente, la necesidad de motivar racionalmente las decisiones basadas en la consideración de las distintas pruebas acercadas al debate, es lo que permite distinguir el sistema de las íntimas convicciones, que rige en las jurisdicciones con jurados, de la sana crítica racional, que exige que los jueces, objetivamente y de modo que pueda comprobarlo cualquier persona, digan porqué un suceso está acreditado. Al jurado le basta con decir que está convencido, sin explicar las razones; a los jueces técnicos que cumplen su delicada función bajo la órbita de la sana crítica racional, les es exigible fundar, motivar, dar las razones por las que arriban a sus conclusiones.

Por ello, más allá de la impresión que cause escuchar las conversaciones de la imputada Godoy con sus hijos o con sus parientes, lo cierto es que, sin otros elementos de prueba, esas grabaciones telefónicas carecen de idoneidad suficiente para fundar una sentencia condenatoria.

La querrela mencionó, como un supuesto indicio de cargo, que César Millorini era chofer de colectivos y remis, lo que permitiría sostener que tenía las aptitudes para desempeñarse como chofer del grupo que asaltó el comercio siniestrado. Realmente considero que este dato no constituye ninguna prueba de cargo, puesto que, la participación del sujeto que conducía el rodado no requería más habilidad que esa, manejar un automóvil. Cualquier adulto, con o sin licencia, que supiera manejar, podía cumplir esa tarea. De modo que no corresponde, según mi criterio, computar tal elemento, que, en definitiva, parte de la asociación del rol que le cupo al individuo que quedó en el automotor con la profesión del padre del imputado. En definitiva, no creo que sea pertinente considerar como una prueba de cargo que César Millorini sabía manejar.

En cuanto al indicio de mendacidad, puesto de resalto por los acusadores, no constituye un medio de prueba de pacífica aceptación en la

doctrina, puesto que se ha cuestionado su legitimidad, teniendo en cuenta que, en última instancia, su ponderación conspira con la concepción de la declaración indagatoria como un medio de defensa material, que debe prestarse libremente. Sin perjuicio de ello, en el caso de autos, advierto que el imputado fue interrogado únicamente en base a las grabaciones telefónicas tantas veces aludidas, sin que se le hiciera conocer otra prueba de cargo (que, valga recordarlo, no existe); este inciso, sentado lo expuesto, forma parte de la misma presunción a la que hice referencia, por cuanto las manifestaciones en su indagatoria no conforman un todo con las grabaciones que se le hicieron escuchar.

Por otra parte, el indicio de mendacidad o de mala justificación tampoco es unívoco. En efecto, el razonamiento que conduce a sostener que él forma parte de la prueba de cargo, radica en inferir que, si el imputado no dio una excusa válida, mintió; y si faltó a la verdad en la excusa, también lo hizo al negar su participación en el hecho. Sin embargo, no es ésta la única conclusión válida a partir de la premisa inicial. Las motivaciones por las que el encausado faltó a la verdad pueden ser múltiples; es posible que se deban a que, efectivamente, tomó participación en el evento, pero también porque, ante la noticia de las manifestaciones de su esposa, trató de dar alguna excusa para salvar su pellejo ante lo comprometido de su situación; o porque trataba de encubrir a otra persona que realmente estaba en el hecho. Es decir, existen muchas razones las que llevan a un individuo a mentir en su declaración indagatoria, por lo que, la sola constatación de la falsedad de sus dichos no puede erigirse necesariamente como una prueba ineludible de la veracidad de la acusación.

Aún computando este "indicio de mendacidad" y amalgamándolo con el que surge de las escuchas, tampoco así la prueba es útil para destruir el estado de inocencia, porque no permite demostrar racionalmente que César Millorini era el chofer del vehículo. Para una mejor exposición de esta situación, puede cotejarse la prueba reunida contra el

progenitor aludido, con relación a la que puede hacerse valer para su hijo: en el caso de éste, no sólo se halló su número telefónico en las prendas del fallecido Bonelli, con quien había sido procesado en anteriores causas; también fue reconocido por funcionarios policiales que habían intervenido en ilícitos cometidos por él en la misma jurisdicción, se encontraron en su domicilio zapatillas con manchas de sangre y balas similares a las que recibió la víctima; también, y esta prueba por su objetividad y certeza científica es determinante, se hallaron en el automóvil secuestrado, utilizado en el hecho, muestras hemáticas que sin duda pertenecían a Matías Millorini, conforme al estudio de ADN practicado. En este panorama, las escuchas telefónicas se adosan como un indicio más, pero no constituye el único medio probatorio. Aún prescindiendo, hipotéticamente, de la confesión del imputado menor, igualmente su participación quedaría acreditada por este completo cuadro probatorio.

Pero no ocurre ello en el caso de su progenitor, ya que, para sostener un juicio asertivo, es menester otorgar un valor inusitado a una prueba que, por definición, solo permite adquirir certeza cuando se cumplen determinados requisitos, uno de los cuales es su cantidad. Y, como quedó dicho, no hay más elementos que ese mero indicio, porque ningún otra prueba, directa o indirecta, logró hallarse en su contra. Ni en su domicilio, ni en el rodado que él habría conducido, ni en los testimonios de las personas que presenciaron el ilícito. No existe una descripción del conductor del vehículo o algún rastro que haya dejado. Millorini padre fue involucrado a estas actuaciones solamente porque la procesada Godoy dijo en las comunicaciones telefónicas captadas que su ex marido había estado en el lugar del hecho.

Francamente, y más allá de la insuficiencia probatoria que he descrito, ni siquiera estoy íntimamente convencido de que César Millorini haya participado en el suceso. Desconozco las razones por las que Godoy, sabiendo que sus conversaciones estaban siendo grabadas, involucró a su ex marido en el lamentable evento que hoy examinamos, en el que perdieron la

vida dos personas, más allá del encomiable cumplimiento del deber por parte del Oficial Falduto y de la acción ilícita que pretendía llevar a cabo Bonelli. Pero, la verdad es que, para estar convencido íntimamente de la participación de César Millorini es menester creer a pie juntillas lo que aquella dijo; en el contexto ya mencionado y dadas las características de la personalidad de la madre del inculcado, parece exorbitante otorgar a Godoy un grado de credibilidad tan extremo.

Ante este cuadro probatorio, la única solución es la que propugna el Maestro Ferrajoli y que prescribe el art. 3 del Código Procesal Penal. Es preferible que un culpable quede en libertad, antes que un inocente sea condenado; por ello, postulo la absolución, por duda, de César Millorini.

4) Dado que la mayoría del Tribunal consideró que se había adquirido certeza sobre la participación del imputado Millorini en el hecho, me resta señalar que, conforme lo he sostenido en anteriores ocasiones, la definición del tipo de participación que cabe enrostrar al sujeto que, sin dominio del hecho, toma intervención en la etapa ejecutiva del ilícito depende, como lo señala la ley, de que esa intervención haya sido, o no, esencial; esto dependerá, en cada caso en concreto, del plan concebido por los autores del evento. En el caso de autos, a mi modo de ver, la intervención no era ineludible, por lo que César Millorini debería responder, desde esta óptica, como partícipe secundario.

Cabe aclarar, previamente, que no considero que el nombrado deba responder como coautor puesto que con claridad no tuvo el dominio del hecho, circunstancia que define la autoría. Si es cierto que era la persona que esperaba fuera del comercio afectado, a cargo de un vehículo automotor, ninguna posibilidad tenía de dirigir el suceso ni de decidir las distintas acciones que debían llevar a cabo. Pues bien, retomando el problema de la complicidad, el carácter secundario de la participación de Millorini padre, surge de considerar que el evento, por sus características, no exigía necesariamente la existencia de un vehículo para esperar a los autores; a punto

tal ello es así, que en las restantes causas protagonizadas por Matías Millorini, en las que ingresó a tres supermercados con fines de robo, el nombrado actuó sin el apoyo de un vehículo y huyó a pie.

Dado que mis distinguidos colegas consideraron que César Millorini era partícipe primario, he de concluir este tramo de mi voto señalando que coincido con la calificación legal asignada, así como en la pena que corresponde aplicar al enjuiciado.

II) Situación de Juana Cecilia Godoy.

Con relación a la nombrada Godoy, poco cabe agregar a las consideraciones de los Dres. Arias y Albano. En efecto, si según mi opinión, poca e insuficiente prueba se había acumulado con relación a César Millorini, menos aún se ha colectado contra a la encartada. Virtualmente la orfandad probatoria con relación a ella es tal que no comprendo porqué se la involucró como partícipe del hecho. Ciertamente es que, con posterioridad, cumplió con una tarea que podría interpretársela como encubridora de la situación de su hijo, pero absolutamente ningún elemento permite colegir que Godoy tomó intervención previa al evento o que estas actividades posteriores las llevó a cabo cumpliendo promesas anteriores.

Al contrario, su comportamiento en la mañana en que se llevó a cabo el suceso me llevan más a pensar que no sabía que su hijo había decidido con Bonelli cometer el ilícito por el que será condenado. En efecto, quedó acreditado en autos que Godoy, se dirigió a la ciudad de San Isidro donde pensaba ver a su hijo mayor que estaba detenido y que sería trasladado a esa jurisdicción. La exposición del chofer del remis que la transportó es suficiente para tener por acreditada la coartada que aportó. Según mi criterio, esta actividad no resulta muy compatible con la convergencia intencional que requiere la participación delictiva; es decir, si había decidido brindar apoyo a Matías Millorini en el suceso investigado en concreto, por lo menos debía tener alguna forma de comunicación para enterarse cómo se iban

desarrollando los hechos, o podría haberse quedado en su casa para brindar apoyo logístico ante cualquier eventualidad.

Nada de esto aconteció, dado que la imputada fue a los tribunales de San Isidro para entrevistar a su otro hijo, acompañada del más pequeño. Por otro lado, tampoco constituye un medio de prueba de cargo relevante, la circunstancia de que el teléfono celular que utilizaba Matías Millorini estuviera a nombre de su progenitora, ya que, dado que éste era menor de edad, razonablemente aquella pudo haberle entregado su aparato para su hijo, hecho que, por otra parte, es común entre los adolescentes.

En suma, comparto el criterio sustentado por mis colegas y coincido con la decisión absolutoria que propugna.

III) Situación de Matías Ezequiel Millorini.

A) Respecto de la situación de Matías Ezequiel Millorini, coincido con el voto de la mayoría en que el completo cuadro probatorio producido en el debate, es más que suficiente para reputar acreditado, con la certeza requerida por nuestro ordenamiento legal y constitucional, que el nombrado fue uno de los autores del suceso descrito en requerimiento de elevación a juicio.

Además de la confesión del epigrafiado, los elementos de convicción desarrollados naturalmente conducen a esta conclusión.

También comparto el significado jurídico asignado a la conducta de Matías Ezequiel Millorini y entiendo que no puede prosperar la posición de la Sra. Defensora Oficial de que la acción del nombrado encuadra en el art. 165 del Código Penal. Como bien se señala allí, dos de los testigos percibieron un disparo aislado de los demás, producido después de que se escuchara caer a la víctima; está probado que el oficial Falduto recibió balas de diferente dimensión, una claramente disparada por Bonelli y otra, la última, por Millorini, a quien se secuestraron cartuchos de ese calibre en su domicilio. Si a ello adunamos las improntas dejadas por este último disparo, que hablan de la cercanía del tirador y si tenemos en cuenta que, por la zona vital en que

impactó, necesariamente el disparo hacia Bonelli fue efectuado por el perjudicado antes de recibir el impacto en su cabeza, ninguna hesitación queda acerca del propósito del agresor, configurándose, de ese modo, el dolo directo requerido por la figura del art. 80 inciso 7° del Código Penal. Y si evaluamos estas circunstancias en el contexto en que se dieron, también podemos reputar acreditado que el inculcado actuó para facilitar la huida y por haber impedido el funcionario policial la consumación de los ilícitos objetivos del imputado.

Así las cosas, ninguna duda tengo de que la calificación escogida es correcta y que Millorini debe responder como coautor penalmente responsable.

B) 1) En cuanto a la aplicación del art. 4° de la ley 22.278 con relación al menor Matías Millorini, también coincido con los Dres. Arias y Albano en que están dadas las condiciones para resolver en definitiva a su respecto, puesto que tiene más de un año de disposición tutelar y ha cumplido los dieciocho años de edad.

Sin embargo, en este aspecto, por las razones que expondré a continuación, disintiré con mis respetados colegas en cuanto a la pena que proponen.

Para una mejor explicación de mi posición, considero conveniente efectuar algunas consideraciones en punto a la interpretación que estimo adecuada del art. 4° de la ley 22.278.

Recuerda Raúl Horacio Viñas ("Delincuencia Juvenil y Derecho Penal de Menores", Editorial Ediar, Bs. As., 1984, pp. 322 y ss.) que, en el sistema original del Código Penal, la imposición de una pena a menores imputables - entre 14 y 18 años - dependía de la sanción prevista para cada delito; si excedía de los dos años que preveía el art. 26 para la condena condicional podían adoptarse medidas correctivas o educativas, pero si la pena en abstracto era superior, el juez debía condenar, aunque con reducción prevista para la tentativa.

Este panorama se modificó con la ley 14.394 de 1954, que, como se sabe, es el antecedente inmediato de la ley 22.278. Cabe recordar que el art. 4° de la ley 22.278, en lo pertinente, reza del siguiente modo: "La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2° estará supeditada a los siguientes requisitos:...Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2°".

La nueva norma, señala el autor citado, introdujo nuevos principios: "se descartaban ciertos menores, se descartaban ciertos delitos y se esperaban los resultados de un tratamiento tutelar o internación; enlazando la edad mínima, gravedad objetiva de los hechos y un período de prueba (o probation), de cuyos resultados dependerá que se estime o no necesario imponer pena."

Tras citar las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales que, en ese momento, se habían dado en torno al artículo citado, Viñas critica la norma en cuestión, destacando que requeriría una "mayor precisión legal y conceptual" y señalando que, ante la redacción del art. 4° de la ley 22.278, quedan dos opciones: "o la ley establece con mayor claridad que la imposición de pena depende de la gravedad del hecho y de la culpa, como de la peligrosidad delictiva, revelada en concreto por el menor (y entonces el instituto se acercaría al criterio de la ley alemana, uniendo los dos presupuestos de "tendencia dañosa, peligrosidad" y "gravedad de la culpa, no desvinculada a la índole del hecho"; o, por el contrario, se implanta como única pena juvenil la que eventualmente resulte de la suspensión de imposición de condena a prueba (a que más se parece la solución textual de la ley 22.278)..."

Claro está que, en este último caso, no se brinda un parámetro en el cual fundar si la pena es o no necesaria. Del panorama hasta aquí expuesto surge que, evidentemente, el sistema instaurado por la ley 22.278 respondía cabalmente a la llamada "doctrina de la situación irregular", ya que, desconociendo al menor como sujeto de derechos y sin un diseño acorde con el principio de legalidad, habilitaba la imposición de una sanción penal, mediante criterios tan vagos y subjetivos como "las modalidades del hecho", "los antecedentes del menor", el resultado del tratamiento tutelar" y "la impresión directa recogida por el juez".

2) La situación descripta precedentemente, se ha modificado sustancialmente, a partir de la incorporación a la Carta Magna de los Tratados sobre Derechos Humanos, tanto los universales como los regionales, ya que, sobre todo en la materia que nos ocupa, la jerarquía constitucional que adquirieron la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, obliga al intérprete a adecuar - en tanto no se actualice el derecho interno en concordancia con las garantías reconocidas en esos instrumentos - las normas del derecho penal juvenil al nuevo catálogo de derechos que, en la materia, se reconoce a los menores que han delinquido.

Entre las normas supralegales de aplicación tras la reforma, es ineludible citar los artículos 3, 37 y 40 de la convención consignada, en cuanto establecen que en todas las decisiones que se tomen con relación a los sujetos comprendidos en el acuerdo se debe tomar en cuenta el interés superior del menor; que sólo operará la privación de libertad como último recurso. Estas máximas se asientan, ahora, como guías ineludibles de interpretación de las normas de derecho interno que rigen el sistema de menores.

Además, tampoco pueden pasarse por alto las directivas de las "Reglas de Beijing", de indudable utilidad para la comprensión del sentido y alcance de las normas de la convención del niño. En la primera parte de este instrumento, se requiere de los Estados Miembros el esfuerzo por crear

"condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad, fomentando, durante el período de edad en el que el menor es más propenso a un comportamiento desviado, un proceso de desarrollo personal y educación lo más exento de delito y delincuencia posible." (regla 1.2.), mientras que de singular importancia resulta el art. 17.1: "La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad; b) las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; c) sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada; d) en el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor".

En el comentario a las reglas (extraído de la obra "Documentos de Naciones Unidas sobre Protección de Personas Detenidas o en Prisión", Colección de Derechos Humanos y Justicia, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Editorial Mediterránea, Córdoba, Mayo de 2000, p. 131), se indica que "El principal problema con que se tropieza al elaborar directrices para la resolución judicial en casos de menores estriba en el hecho de que están sin resolver algunos conflictos entre opciones fundamentales, tales como las siguientes:"

"a) Rehabilitación frente a justo merecido;

b) Asistencia frente a represión y castigo;

c) Respuesta en función de las circunstancias concretas de cada caso frente a respuesta en función de la protección de la sociedad en general;

d) Disuasión de carácter general frente a incapacitación individual."

"Los conflictos entre estas opciones son más acusados en los casos de menores que en los casos de adultos. Con la diversidad de causas y respuestas que caracterizan a la delincuencia juvenil se da un intrincado entrelazamiento de estas alternativas."

"No incumbe a las presentes Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores prescribir el enfoque que haya que seguir, sino más bien determinar uno que esté en la mayor consonancia posible con los principios aceptados a escala internacional. Por consiguiente, los elementos fundamentales contenidos en la regla 17,1 especialmente en los incisos a y c, deben considerarse principalmente como directrices prácticas para establecer un punto de partida común; si las autoridades pertinentes actúan en consonancia con ellas (véase también la regla 5), podrán hacer una importante contribución a la protección de los derechos fundamentales de los menores delincuentes, especialmente los derechos fundamentales a la educación y al desarrollo de la personalidad."

"El inciso b de la regla 17.1. significa que los enfoques estrictamente punitivos no son adecuados. Si bien en los casos de adultos, y posiblemente también en los casos de delitos graves cometidos por menores, tenga todavía cierta justificación la idea de justo merecido y de sanciones retributivas, en los casos de menores siempre tendrá más peso el interés por garantizar el bienestar y el futuro del joven."

Las reglas, como puede observarse, toman partido por la rehabilitación, la asistencia, la respuesta frente a las circunstancias concretas de cada caso y por la disuasión con carácter general, reservando la respuesta punitiva a los supuestos de excepción.

Por otra parte, las "Reglas para la Protección de Menores Privados de Libertad", en su preámbulo, da cuenta de que "debido a su gran vulnerabilidad, los menores privados de libertad requieren especial atención y protección", debiendo garantizarse sus derechos y bienestar durante el período en que estén privados de su libertad y con posterioridad a él.

Finalmente, el art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reza: "Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado".

3) No puede discutirse, a esta altura, la necesidad de disponer, por todos los medios, de las medidas que garanticen una efectiva vigencia de las pautas axiológicas consagradas en los mentados instrumentos. Y así se han pronunciado, no sólo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sino también la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité del Niño.

En efecto, nuestro más Alto Tribunal en el precedente de Fallos 318:1269 ha señalado que: "Los menores, a más de la especial atención que requieren de quienes están obligados a su cuidado, de los jueces y de la sociedad toda, sólo pueden ser sujetos y no objetos de derechos de terceros" (Disidencia de los Dres. Moliné O'Connor y Fayt). En la causa S. 622.XXXIII, "S., V. c/M. D.A. s/ medidas precautorias" (votos de los Dres. Moliné O Connor y López) agregó, con relación al concepto del interés superior del niño previsto en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que: "Esta consideración rectora, lejos de erigirse en una habilitación para prescindir de toda norma jurídica superior, constituye una pauta cierta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos, incluyendo, obviamente, a la Corte (conf. Fallos: 322:2701), cuando -como en el caso- procede a la hermenéutica de los textos constitucionales.". Más adelante añaden (considerando n° 18) "Que, de este modo, la Convención Americana y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño guardan sustancial analogía y ambas confieren especialísima e inderogable tutela a los derechos de la infancia. La necesidad de una "protección especial" enunciada en el preámbulo de la última, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3°, proporcionan un parámetro objetivo

que permite resolver los conflictos en los que están involucrados los menores, debiendo tenerse en consideración aquella solución que les resulte de mayor beneficio. Ello indica que existe una acentuada presunción en favor del niño, que "por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal"...lo cual requiere de la familia, de la sociedad y del Estado la adopción de medidas tuitivas que garanticen esa finalidad..."

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la calle", Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1999, San José, 2000, p. 691, citado en la Revista de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia, T. 2, año 2000, p. 367; fallo completo en La Ley T. 2001-F, p. 353 y ss.), señalando que "cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad..."

Con posterioridad, el mismo tribunal internacional admitió una opinión consultiva de la Comisión respectiva, relacionada a la interpretación que debe darse al art. 19 de la Convención Americana y a la Convención sobre los Derechos del Niño. En su dictamen (Revista de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia, T. 3, año 2001, p. 424 y ss.; allí se cita: "http://www.corteidh.or.cr/serie_a/Serie_a_17_esp.doc") la Corte señala, con relación al derecho a la igualdad, que: "En razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es discriminatorio. Los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objetivo único el ejercicio de los derechos establecidos en la Convención.". Se agrega, con relación al concepto del interés superior del niño, que: "Este principio se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de

propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención del niño. Para asegurar la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención del Niño establece que éste requiere "cuidados especiales", y el art. 19 de la Convención señala que debe recibir "medidas especiales de protección". La posibilidad de adoptar medidas proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez e inexperiencia...".

En los años 2003 y 2004, la Corte Interamericana se expidió en otros dos casos en los que se refirió al tema que tratamos. En el primero, conocido por todos, recayó sentencia condenatoria contra nuestro país, por violación de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos: es el caso "Bulacio" (sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 57; ver comentario del Profesor Luis García, en Jurisprudencia Penal de La Ley del 23 de diciembre de 2003 pp. 1 y sgtes.). El 2 de septiembre de 2004 se expidió en el caso del "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay" (www.cortidh.or.cr/seriecpdf/seriec_112_esp). Puesto que en ambos precedentes la Corte Interamericana emitió juicios semejantes, transcribiré algunos de los párrafos de esta segunda sentencia, que convalidan las recomendaciones que había expuesto con anterioridad, limitándome a los tramos que tienen relación con la cuestión a tratar en esta sentencia.

Tal como lo había recomendado en el caso "Bulacio" en el que la cuestión formó parte de la condena al Estado Argentino, en esta oportunidad la Corte da pautas claras sobre el efecto que la vigencia de los Tratados Internacionales deben tener en el derecho interno: "En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria universalmente aceptada prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. La Convención Americana

Poder Judicial de la Nación

establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención... Asimismo, la Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías..." (números 205 y 206 de la sentencia).

En los números 209 a 212 de la referida sentencia la Corte recuerda la necesidad de establecer, en el caso de los niños, tribunales y procedimientos específicos, adecuados a su diferente condición. Explica que "Este Tribunal ha sostenido que una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos y un procedimiento especial para el cual se conozcan estas infracciones a la ley penal. En el mismo sentido la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el "establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes... A la luz de las normas internacionales pertinentes en la materia, la referida jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley en el Paraguay, así como sus leyes y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por los siguientes elementos: 1) en primer lugar, la

posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales... Dichos elementos, los cuales procuran reconocer el estado general de vulnerabilidad del niño ante los procedimientos judiciales, así como el impacto mayor que genera al niño el ser sometido a un juicio penal, no se encontraban en la legislación pertinente del Paraguay hasta, por lo menos, el año 2001...". Cabe recordar que, como vimos más adelante, tampoco se han efectuado las reformas pertinentes en nuestro país, dado que aún rigen, en la materia, la ley 10.903, vigente desde el año 1919 y la 22.278, sancionada durante el gobierno militar.

Finalmente, en los números 228, 229, 230 y 231, la Corte reitera conceptos dados con anterioridad, con relación a que "la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por el derecho a la presunción de inocencia, así como por los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática... En el caso de privación de libertad de niños, la regla de la prisión preventiva se debe aplicar con la mayor rigurosidad, ya que la norma debe ser la aplicación de medidas sustitutorias de la prisión preventiva. Dichas medidas pueden ser, *inter alia*, la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia, el traslado a un

hogar o a una institución educativa, así como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, los programas de enseñanza y formación profesional, y otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones. La aplicación de estas medidas sustitutorias tiene la finalidad de asegurar que los niños sean tratados de manera adecuada y proporcional a sus circunstancias y a la infracción...", citando, a continuación el art. 37 inciso "b" de la Convención del Niño, en cuanto prescribe que la detención se utilizará como último recurso y por el tiempo más breve que proceda.

Es menester agregar, que, con relación a la Argentina, además de las recomendaciones del Comité del Niño, que veremos a continuación, idéntica preocupación sobre la falta de adecuación de la legislación interna a la Convención sobre los Derechos del Niño emitió el "Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria", dependiente de la Comisión de Derechos Humanos, órgano fiscalizador del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en la visita que realizó a nuestro país entre el 22 de septiembre y el 2 de octubre de 2003 (ver informe E/CN. 4/2004/3/Add. 3, del 23 de diciembre de 2003, puntos 54 y 73).

En otro orden, el informe final del Comité del Niño sobre Argentina, en el 31º período de sesiones, del 16 de septiembre al 4 de octubre de 2002, se refiere específicamente sobre la situación de la justicia de menores y a la falta de actualización de las normas de derecho interno.

Cabe aclarar, previamente, que, con relación a la actividad de los comités creados para controlar el cumplimiento de los tratados sobre derechos humanos llamados universales, Rolando Gialdino recuerda ("Control internacional de los Derechos Humanos y fuentes constitucionales. Fuentes universales y americanas", E.D. del 18 de septiembre de 2003) que "En las sugerencias y recomendaciones contenidas en las Observaciones finales pronunciadas por los Comités, con motivo de los informes periódicos de los Estados, debe verse una incitación para que éstos adapten su derecho interno a

las disposiciones de los instrumentos respectivos. Los Estados Partes que hicieran caso omiso de dichas opiniones o que no las acataran en la práctica, estarían demostrando mala fe en el cumplimiento de sus obligaciones. De tal suerte, la actividad de dichos órganos en la materia traduciría la asunción por parte de éstos de una función cuasijudicial...".

Ahora bien, asentados los alcances de estos informes, en las recomendaciones que llevan los números 40 y 68, el citado organismo señala lo siguiente: "Al Comité le preocupa que la ley vigente relativa al niño, a saber, la Ley N° 10.903 (Ley de patronato), se remonte a 1919 y se base en la doctrina de la "situación irregular", en virtud de la cual los niños son objeto de "protección judicial". Aunque en noviembre de 2001 la Cámara de Diputados aprobó un proyecto de ley sobre la protección integral de los derechos del niño y el adolescente, ese proyecto no se ha aprobado todavía (sólo tiene media sanción), de manera que no existe ninguna ley nacional vigente en que se considere que el niño es sujeto de derechos. Además, el Comité observa que, con frecuencia, la legislación provincial no se ajusta a las disposiciones y los principios de la Convención."

En el n° 87 se señala, con relación a la administración de la justicia de menores, que: "El Comité toma nota con satisfacción de que se ha aprobado el proyecto de ley sobre la responsabilidad penal de los menores, en el que se establecen límites para dicha responsabilidad y los procedimientos que deben aplicarse, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 40 de la Convención. En cambio, el Comité reitera su profunda preocupación por el hecho de que la Ley N° 10.903, de 1919, y la Ley N° 22.278, que están vigentes y se basan en la doctrina de la "situación irregular", no distingan claramente entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia. A este respecto, el Comité observa que el Congreso está debatiendo varios proyectos de ley para reformar el sistema de justicia de menores, en virtud de los cuales un juez puede ordenar la detención de un niño sin las debidas garantías procesales

únicamente por su condición social, y que esa decisión no puede apelarse. Además, expresa su preocupación por el hecho de que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 205 del Código Procesal Penal, un niño puede permanecer incomunicado hasta 72 horas. También observa con preocupación las precarias condiciones en que se encuentran los niños privados de libertad, entre las que cabe citar la falta de servicios básicos adecuados, como los de educación y salud, la ausencia de personal debidamente formado y el recurso a los castigos corporales y al aislamiento.

Razón por la cual, en el n° 88, se insta al Estado Argentino para que: "a) Revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los artículos 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)); b) Acelere el proceso mencionado en a), entre otras cosas asignando suficientes recursos humanos y financieros;...d) Recorra a la prisión, incluso a la prisión preventiva, únicamente como medida extrema, por períodos que sean lo más breves posible y no superen la duración del período previsto por la ley, y garanticen que los niños siempre estén separados de los adultos; e) Aplique medidas alternativas a la prisión preventiva y otras formas de privación de la libertad, cuando ello sea posible;...h) Teniendo en cuenta el artículo 39, adopte las medidas apropiadas para promover la recuperación y la reintegración social de los niños que han pasado por el sistema de justicia de menores...".

4) Cabe agregar, asimismo, que en el derecho comparado, las legislaciones que han plasmado esta nueva concepción del derecho de menores, modificando el anterior paradigma hacia el de la protección integral, respetan cabalmente las garantías enunciadas.

Señalan Bernardo del Rosal Blasco y Viviana Caruso Fontán ("El Proceso Penal de Menores en la legislación española del año 2000: ¿Garantismo vs. Educación?" en Revista de Derecho Penal, "Garantías Constitucionales y Nulidades procesales II", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 143 y ss.) que: "...dado lo acentuado de la función educativa en el ámbito de la intervención penal con los menores, en la nueva Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, se ha confeccionado un proceso de doble finalidad sancionadora-educativa que, por una parte, como proceso penal sancionador que es, cuenta con gran parte de las garantías procesales que tienen, en el sistema constitucional español, la categoría de derechos fundamentales de la persona, y, por otra, responde a características diferenciales propias de la función educativa...". Más adelante, indican que "Un principio a cuya aplicación renuncia la ley desde un primer momento es el de proporcionalidad (como límite a la prevención) en la aplicación de las medidas, si bien ello se hace en aras de una mejor individualización de las mismas, que deberán ser impuestas teniendo sobre todo en cuenta, de forma, el "interés del menor", es decir, se renuncia a la proporcionalidad para que, con una amplia flexibilidad procesal, se puedan adaptar al interés del menor las medidas a imponer. La Exposición de Motivos así lo determina con claridad: "al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente otras finalidades esenciales del Derecho Penal de adultos, como la proporcionalidad entre el hecho, y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor...".

En el mismo sentido, Maurach-Gössel-Zipf ("Derecho Penal", Parte General, Editorial Astrea, Bs. As., 1995, T. II, p. 908 y ss.), con relación a la ley alemana, señalan que: "Más allá de esta base común de responsabilidad, el punto de partida del menor es distinto al del autor adulto;

dado que el derecho penal de jóvenes no conoce el concepto de capacidad de imputabilidad disminuida por condiciones fisiológicas...el menor es responsable, aun cuando en él prevalezca preponderantemente el instinto frente al intelecto y la fuerza de voluntad, es decir, aquella condición psicológica que le dificulta la actualización de las capacidades fundamentales de su responsabilidad, en comparación con un adulto. Esta base de responsabilidad extendida a priori, requiere de la compensación mediante una correspondiente ampliación del círculo de los medios de reacción, cuya selección o convergencia debe tomar en consideración la mayor propensión del menor. En todo caso, más esencial para la determinación del círculo de los medios de reacción adecuados es la segunda razón. El contrapunto positivo de la capacidad de impresión del joven es su accesibilidad a la educación, a la cual deben por ello apuntar en primera línea todos los medios de reacción del derecho penal de jóvenes: el derecho penal de jóvenes es primariamente un derecho educador de éstos...Pero en una medida aún mayor que en el derecho penal general, en el de jóvenes es posible y recomendable dotar a la pena de un contenido educador, frente al cual la prevención general - ínsita en la pena en los demás casos - debe retroceder. La disminuida culpabilidad y la mayor receptividad a la adecuación del joven permiten aquí incluso poner, en cierta medida, a la prevención especial mediante la educación por sobre la compensación de culpabilidad. Todo medio de reacción adecuado al joven persigue primariamente tareas educativas...". Más adelante (p. 933), estos autores agregan que "En cuanto pena, también la pena juvenil es un mal pretendido y configurado como tal, previsto con todos los efectos secundarios propios de toda pena criminal. Aún así, la pena juvenil se distingue desde diversos puntos de vista en una manera tan fundamental de los medios punitivos, en especial también de la pena privativa de libertad del derecho penal, que ella puede ser descripta como una pena especial con preeminencia de la educación preventiva por sobre la función de confirmación del derecho...El fundamento jurídico de la pena juvenil es dual. Si bien la pena

juvenil, al igual que el sistema de los medios correctivos, sirve siempre al castigo del hecho...en oposición al derecho penal de adultos, la necesidad de la expiación no debe deducirse siempre a partir del hecho cometido, de su gravedad y de la culpabilidad expresada en su comisión, sino también, e incluso primariamente, a partir de consideraciones pedagógicas, en las cuales el hecho, en cuanto tal, pasa a un segundo plano respecto de la prognosis a obtener a partir de la personalidad del autor...".

Como puede observarse, aún prescindiendo del contenido de los Tratados internacionales mencionados, las legislaciones modernas han optado por reconocer que en la resolución de los conflictos penales protagonizados por adolescentes, de los fines de la pena que tradicionalmente reconoce la doctrina, debe primar el de prevención especial, debiéndose utilizar todos los medios para posibilitar la reinserción social del individuo sometido a proceso.

5) De todo lo hasta aquí expuesto, puede colegirse que el panorama descrito por el Dr. Viñas, en cuanto a la interpretación que correspondía dar al art. 4° de la ley 22.278 ha variado sustancialmente.

Cuadra agregar, que, desde esa modificación, la orientación que debía tomar el proceso tutelar de menores, en la órbita del derecho interno, estaba dado por el contenido - casi discrecional, por cierto - del art. 3° inciso a) de la ley 22.278, que prescribe que la disposición tutelar determina "a) La obligada custodia del menor por parte del juez para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio...".

Pero, una vez más, entonces, es necesario acudir a las herramientas que expuse más arriba, esto es, una tarea hermenéutica que integre esta disposición, con el marco del art. 40 inciso 1° de la Convención del Niño, para arribar, sin declarar la inconstitucionalidad de la ley 22.278 - por afectación al principio de legalidad - congeniando las prescripciones

internacionales con las normas internas. Aquél artículo establece que: "Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad."

Conforme a ello, es posible colegir que la disposición tutelar prevista en el art. 3° de la ley 22.278 debe tener por objeto fomentar el sentido de la dignidad y el valor del menor, fortalecer o procurar que decida actuar con respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, con el fin de promover - de acuerdo a su edad - su reintegración a la sociedad, asumiendo una función constructiva en su comunidad.

En este sentido se ha expedido, también, la Sala IV de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal, en la causa n° 6328/4, "Godoy, Ramón Alejandro s/ recurso de casación", rta. el 14 de febrero de 2005, en la que la Dra. Amelia Berraz de Vidal, señaló: "...La disposición provisional del adolescente durante la tramitación de la causa que ordena el artículo 3° de la ley citada - se refiere a la ley 22.278- cuyo desarrollo fundamenta la elección entre las tres alternativas que brinda el artículo 4°, debe procurar "la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Mientras su vigencia perdure, a esa breve descripción del designio del sistema especial debe necesariamente interpretársela acorde el derecho que afirma, con superior jerarquía, la Convención de los Derechos de Niño, obligando a los Estados a tratar al niño a quien se acuse o declare culpable de haber infringido leyes penales "de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la

importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad (art. 40.1).".

"Propósito cuya responsabilidad comparten todas las instancias que integran el complejo tutelar, la judicial, comprometiendo su jurisdicción a la dirección y el control de su desarrollo (art. 3|, inciso a), ley 22.278); la técnico-administrativa, maximizando el ejercicio de sus disciplinas diagnósticas y de intervención, vigilantes de las respuestas del menor a los métodos, enfoques y actitudes adoptados y predispuestos a su gradual adecuación (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores - Reglas de Beijing -, art. 1.6; ley 22.278, art. 3 bis); el Ministerio Público de la Defensa, en sus dos papeles, activando esos cambios en caso de advertir su necesidad y garantizando ampliamente el debido respeto de los derechos del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 40.2.b. II y 40.2.b).III; art. 413 C.P.P.N; ley 24.946, art. 51. i y arts. 54 y sgtes.).".

"Todas, a su vez, aconsejadas por el principio de vigencia universal, exigente de un deber simétrico de escucha de parte del mundo adulto (lo advierte Alessandro Baratta en "Infancia y Democracia", publicado en "Infancia, Ley y Democracia", pág. 31, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999), que reclama la libre opinión del niño, en función de su edad y madurez, en todo procedimiento judicial que afecte sus intereses (art. 12 Convención sobre los Derechos del Niño).".

"Si a ello apunta el ejercicio de la tutela estatal, la final evaluación respecto de su eficacia, en orden a la imperiosa necesidad de adoptar una respuesta punitiva que coloca al margen de su consideración la finalidad retributiva (ver mi voto en el Registro n° 3984 de esta Sala), no puede basarse en una categórica apelación a un esquema de oportunidad-fracaso, como el que viene sustentando la sentencia en examen, pues es incongruente con una concepción de aquélla como una integridad que, como transcurso existencial de un individuo, no debe contemplarse desde

extremos o fragmentadamente, sino con un sentido de progreso (hacia los altruistas fines revelados por la Norma Internacional de cita) completo de matices."

"Ese plexo, que se completa con la impresión directa del joven recogida por los Magistrados (más allá del sentido que a esta actividad le acuerdo en la definición de este sufragio), debe ser acabadamente aprehendido por la tarea juzgadora, consignando en primera instancia los motivos por los que evalúa la relevancia que acuerda a determinada circunstancia, para exponer luego, también fundadamente, cuál es el sentido que le asigna en función de justificar la necesidad de la solución que en definitiva se adopte..."

De acuerdo a estas enseñanzas, entonces, deberá examinarse, en cada caso, si la conducta del interesado, a lo largo del trámite tutelar, permite inferir que ha hecho los esfuerzos necesarios para disponer su absolución. Claro está, si las condiciones están dadas, ello constituye un derecho del menor como sujeto y no una graciosa concesión estatal; a punto tal, que, la condena aplicada cuando correspondía la absolución, será nula por falta de sustento normativo constitucional.

En cambio, si las condiciones aludidas no se hubieran dado en el caso y se coligiese que es necesaria la imposición de una sanción penal, en virtud de los principios antes enunciados, sobre todo por el mandato del art. 37 de la Convención del Niño de imponer pena de prisión como último recurso y por el tiempo más breve que proceda, por regla deberá echarse mano a la reducción prevista en el art. 4° de la ley 22.278, pudiéndose excepcionalmente, en hechos graves, con violencia en las personas y cuando se advierta que el joven de ninguna manera ha respondido al tratamiento tutelar, condenárselo a la pena que le correspondería a un adulto.

Esta es la única interpretación que, desde mi punto de vista, concilia el plexo axiológico de la Convención sobre los Derechos del

Niño, que responde a la concepción de la protección integral, con leyes sancionadas bajo la vigencia de la llamada "situación irregular".

Cierto es que la citada Convención y las normas internacionales que rigen la materia no han derogado explícitamente el régimen interno. Además, también es cierto que el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional prescribe que los Tratados sobre Derechos Humanos fueron incorporados en las condiciones de su vigencia, y que, aunque con jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Pero es claro que el Constituyente estableció que estos tratados tienen jerarquía constitucional y así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos aludidos precedentemente.

Si el Estado Argentino está dispuesto, y forma parte de la labor jurisdiccional cumplir con el principio de Supremacía Constitucional, a acatar las obligaciones que suscribió, ninguna duda cabe de que es necesaria una profunda evaluación de las leyes de derecho interno desde las normas constitucionales. Téngase presente, en este sentido, que el Constituyente claramente indicó que los Tratados sobre Derechos Humanos no derogaban la Constitución Nacional, pero ninguna reserva hizo de las normas de derecho interno. Y así, por otra parte, se condujo la Corte Suprema de Justicia de la Nación al considerar inconstitucional el art. 459 del Código Procesal Penal, en el caso "Girolodi", por entender que no cumplía con una de las garantías judiciales de la citada convención regional.

De acuerdo a ello, considero que no resultan atinados los argumentos de quienes sostienen que la jerarquía constitucional de la Convención del Niño en nada conmueve el régimen jurídico de menores que regía desde que la Comisión de Asesoramiento Legislativo, sancionó la ley 22.278, luego convalidada por el Congreso de la Nación. Ni que rige impoluta

la ley 10.903, que autoriza, inclusive, la internación de un menor que ninguna acción ilícita ha cometido, únicamente por vender diarios lejos de sus padres.

Si se reconoce el orden constitucional argentino, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (conf. C.S.J.N., caso "Espósito, Miguel", rta. 23/12-2004, Jurisprudencia Penal de La Ley del 28 de febrero de 2005, p. 33), ninguna duda cabe de que es necesario examinar la validez, en cada caso en concreto, de aquellas leyes de menores. De encontrar conflictos, deberá realizarse una tarea hermenéutica que concilie las normas internacionales con las de derecho interno; y, de encontrarse que son inconciliables, ninguna duda tengo de que deben prevalecer las garantías de la Constitución Nacional y la Convención del Niño, en desmedro de las leyes internas. Como veremos más abajo, por otra parte, este es el procedimiento aconsejado por el Comité del Niño en su recomendación general del año 2003.

Lo contrario, es decir, sostener que las normas de internacionales de jerarquía superior no han modificado el régimen interno, importa dejar de lado las primeras que, valga recordarlo, son operativas, conforme lo ha sostenido reiteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación (ver, con relación al cumplimiento de las garantías previstas en los Tratados sobre Derechos Humanos, Daniel Pastor en un artículo publicado en "eldial.com", con el título "El llamado "impacto" de los tratados de derechos humanos en el derecho interno con especial referencia al derecho procesal penal").".

6) En el caso del imputado Millorini, coincido con la mayoría en que de la lectura del expediente tutelar no surge ningún elemento que permita inferir que el nombrado deba ser absuelto por aplicación del art. 4º de la ley 22.278. En este sentido, la sucesiva comisión de hechos de suma gravedad, la rápida decisión de darse a la fuga de la comunidad terapéutica donde fue derivado por su adicción a sustancias estupefacientes y la casi

inmediata comisión de un suceso gravísimo constituyen parámetros que, razonablemente, me llevan a concluir en que de ningún modo el menor ha cumplido con los objetivos mencionados por el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El desprecio con que actuó en el último suceso con el valor supremo que reconoce nuestro ordenamiento jurídico, el de la vida, así como los cuestionables términos con los que se refirió al homicidio del oficial Falduto, a quien disparó cobardemente cuando éste se encontraba gravemente herido tirado en el piso, me permiten sostener que Millorini de ningún modo pudo internalizar que debe vivir en sociedad fomentando el sentido de su dignidad y respetando los derechos humanos de terceros.

Estas circunstancias, sumadas al regular comportamiento carcelario y a su falta de compromiso ante las herramientas que se le brindaron en el instituto de menores donde permaneció alojado, se erigen como pautas para dejar asentado que tampoco hallo indicios que permitan reducir la sanción a imponer, conforme a lo dispuesto por el art. 4º de la ley 22.278, interpretada desde la óptica constitucional que propugno.

Es que si, como estoy convencido, la reducción punitiva en razón de la mayor vulnerabilidad e inmadurez, con relación a los adultos, constituye la regla en el caso de quienes cometieron delitos entre los 16 y los 18 años de edad, por el menor reproche que corresponde efectuarles al no haber desarrollado igual que los adultos su capacidad de autodeterminación, y la excepción está dada por los casos en que el joven cometió delitos graves, con violencia en las personas y reiteración, de acuerdo a lo prescripto en las "Reglas de Beijing", justamente este es un caso en que debe operar la excepción a la regla, por los motivos que expuse más arriba.

Debo señalar que, para arribar a esta conclusión, no tomo en cuenta el informe médico forense obrante a fs. 101/4 del expediente tutelar, puesto que, de su sola lectura, puede concluirse que el profesional actuante arribó a conclusiones que no se sustentan con las constancias de la causa y que

emitió su dictamen altamente impresionado por el hecho investigado. En efecto, el Dr. Mega aduce que Millorini es un psicópata irrecuperable, le atribuye dos homicidios, cuando claramente no fue quien disparó sobre Bonelli y señala que elucubró una falsa adicción para ser trasladado a una comunidad terapéutica para darse a la fuga. Sin embargo, la adicción de Millorini estaba acreditada en autos con la rinoscopía que arrojó como resultado una lesión en el "septum nasal" de grado cuatro y en el propio expediente tutelar obra un informe médico forense, emitido pocos meses antes del hecho, en el que nada se dice de las características psicopáticas ahora halladas en grado extremo por el Dr. Mega; por otra parte, la experiencia indica que las fugas de las comunidades terapéuticas pueden deberse a múltiples causas y que, muchas veces, forman parte del proceso en el que están involucrados los jóvenes adictos, quienes es común que vuelvan a internarse después de un tiempo, ante una demanda más firme de tratamiento. En el mismo informe, el citado médico forense se arroga funciones judiciales, al sugerir que el Tribunal rechace "in limine" un adecuado y atinado pedido de la Sra. Delegada Inspectora de que se le realice un psicodiagnóstico al menor y, en una sugerencia impropia de un funcionario público de un Estado de Derecho, señala como unas de las pocas respuestas terapéuticas para el paciente, la "psicocirugía".

Contra este parcial informe, obra a fs. 224/6 el producido por la siempre bien recordada Sra. Perito Psicóloga Oficial, Licenciada Marta Castelli Perkins, quien con la objetividad y rigor científico que la caracterizaba, concluye en que Millorini presenta un trastorno antisocial de la personalidad que debe ser tratado adecuadamente.

Por estas razones y porque, en definitiva, el trastorno antisocial de la personalidad que pueda padecer el encausado no constituye un parámetro mensurable en un derecho penal de acto -sea de menores o de mayores - dado que, de tenérselo en cuenta de ese modo, se condenaría un modo de ser, en el que propio interesado no tiene ninguna responsabilidad; y,

además, puesto que aquella experticia no ha sido controlada por la parte, ni se le ofreció al imputado - por la naturaleza, remanente de la doctrina de la situación irregular, de las actuaciones donde se expidió - la posibilidad de intervenir a un perito de confianza, es que no considero adecuado ponderar ese cuestionable informe médico.

Pero, aún así, las restantes circunstancias aludidas más arriba, sumadas a las expuestas por mis colegas, me persuaden de que tampoco corresponde, en el caso, efectuar la reducción mencionada.

7) La pena de prisión perpetua.

a) El art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que: "Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.".

La sanción penal que corresponde al autor de alguna de las conductas típicas previstas en el art. 80 del Código Penal es la prisión o reclusión perpetua, de manera tal que, en el caso, es necesario examinar si la prohibición constitucional de imponer penas indivisibles a quienes cometieron delitos siendo menores de 18 años de edad es aplicable al caso de autos.

Si bien existen antecedentes jurisprudenciales que luego veremos e importantes desarrollos doctrinarios sobre la cuestión, creo que, en primer lugar, debo resaltar que la discusión que se ha generado en punto a si, nuestro ordenamiento jurídico, permite o no sancionar con prisión perpetua a los sujetos comprendidos en la convención del niño, se debe a la omisión de nuestro país de sancionar una ley de protección integral de la niñez y adolescencia y una ley de responsabilidad penal juvenil que reglamenten

adecuadamente los derechos, garantías y obligaciones que surgen de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ninguna de las leyes que han dictado los países que adaptaron sus normas internas a la convención reconoce la pena de prisión perpetua para los sujetos comprendidos en dicho acuerdo internacional, como tampoco lo hacen los proyectos que han pasado por el Congreso de la Nación.

Esta necesidad de adecuar la legislación interna ha sido recomendada reiteradas veces por los organismos internacionales de fiscalización, no sólo en recomendaciones generales, sino también en el tratamiento de la situación de cada país en particular. Más arriba cité el informe del Comité del Niño de 2002 relacionado con la Argentina, la sentencia de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos en el caso "Bulacio" y en el del "Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay", así como las observaciones del Grupo de Trabajo sobre detención arbitraria del Comité de Derechos Humanos. Todos se expiden en el sentido indicado. Mas, por si todo esto fuera poco, el Comité del Niño en el 34º período de sesiones de 2003, emitió la Observación General nº 5 "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)" - ver en [www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/HRI.GEN.1.Rev7.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/HRI.GEN.1.Rev7.Sp?Opendocument), "RECOPIACIÓN DE LAS OBSERVACIONES GENERALES Y RECOMENDACIONES GENERALES ADOPTADAS POR ÓRGANOS CREADOS EN VIRTUD DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS" del 12 de mayo de 2004 - , en el que tajantemente se señala:

"2. Cuando un Estado ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, asume, en virtud del derecho internacional, la obligación de aplicarla. La aplicación es el proceso en virtud del cual los Estados Partes toman medidas para garantizar la efectividad de todos los derechos reconocidos en la Convención a todos los niños situados dentro de su jurisdicción. El artículo 4 exige que los Estados Partes adopten "todas las

medidas administrativas, legislativas y de otra índole" para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. El Estado es quien asume obligaciones en virtud de la Convención, pero en la aplicación de ésta, es decir, en la labor de traducir en la realidad los derechos humanos de los niños, tienen que participar todos los sectores de la sociedad y, desde luego, los propios niños. Es fundamental hacer que toda la legislación interna sea plenamente compatible con la Convención y que los principios y las disposiciones de ésta puedan aplicarse directamente y sean susceptibles de la debida ejecución coercitiva. Además, el Comité de los Derechos del Niño ha identificado toda una serie de medidas que se necesitan para la aplicación efectiva de la Convención, entre ellas el establecimiento de estructuras especiales y la realización de actividades de supervisión y formación, así como de otras actividades, en el gobierno, en el parlamento y en la judicatura, en todos los niveles."

Pero, además, el citado organismo se refiere al modo como debe interpretarse la convención, a la hora de aplicarla en el derecho interno: "18. El Comité considera que la revisión general de toda la legislación interna y las directrices administrativas conexas para garantizar el pleno cumplimiento de la Convención constituye una obligación. La experiencia adquirida durante el examen no sólo del informe inicial sino también ahora de los informes periódicos segundo y tercero presentados en virtud de la Convención indica que el proceso de revisión a nivel nacional se ha iniciado, en la mayoría de los casos, pero debe ser más riguroso. En la revisión se debe examinar la Convención no sólo artículo por artículo sino también globalmente, y se debe reconocer la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos. La revisión debe ser continua en vez de única, y en ella se debe examinar tanto la legislación propuesta como la legislación en vigor. Aunque es importante que ese proceso de revisión se incorpore a las actividades de todos los departamentos gubernamentales competentes, también conviene que lleven a cabo una revisión independiente los comités y reuniones de los parlamentos,

Poder Judicial de la Nación

las instituciones nacionales de derechos humanos, las ONG, los intelectuales, y los niños y jóvenes afectados, entre otras entidades y personas."

En cuanto al modo como corresponde actuar en el caso de conflicto entre las normas internas y las supraleales, se indica que: "20. El Comité acoge con satisfacción la incorporación de la Convención al derecho interno, incorporación que es el procedimiento tradicional de aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en algunos Estados, pero no en todos ellos. La incorporación debe significar que las disposiciones de la Convención pueden ser invocadas directamente ante los tribunales y ser aplicada por las autoridades nacionales y que la Convención prevalece en caso de conflicto con la legislación interna o la práctica común. La incorporación, por sí sola no evita la necesidad de hacer que todo el derecho interno pertinente, incluso el derecho local o consuetudinario, se ajuste a la Convención. En caso de conflicto en la legislación, siempre debe prevalecer la Convención, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Cuando un Estado delegue poderes para legislar en los gobiernos regionales o territoriales federados, deberá exigir asimismo a esos gobiernos subsidiarios que legislen en el marco de la Convención y garanticen su aplicación efectiva (véanse también los párrafos 40 y siguientes infra).".

Finalmente, se precisa el contenido que, a juicio del comité, debe otorgarse al concepto del interés superior del niño, de la siguiente manera: "Artículo 3, párrafo 1 - El interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños. El artículo se refiere a las medidas que tomen "las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos". El principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los

derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente."

Ante la ausencia de cuerpos normativos armónicos con la citada convención, es lógico aseverar que, en puridad, el art. 37 de dicho acuerdo internacional tampoco ha sido reglamentado. Con lo que, en primera instancia, trataré de explicar, desde mi perspectiva, cómo debe entenderse dicha norma a la luz del derecho internacional sobre derechos humanos.

Debo recordar, como expuse más arriba, que bajo la vigencia de la convención del niño pierden eficacia las justificaciones de la pena desde la prevención general y sólo se propende la imposición de una sanción por motivos de prevención especial. Ello es así puesto que la convención opta por el concepto de la protección integral, esto es, la formulación de medidas de resguardo de la niñez y la adolescencia que no se limitan a la intervención punitiva del Estado. Desde el preámbulo de dicho acuerdo y en todas sus prescripciones, los Estados Partes se comprometen a brindar condiciones dignas de vida a las personas de la franja etaria comprendida en el tratado; alimentación, salud, educación, un ambiente pacífico, contención familiar, constituyen las mejores herramientas de prevención; por caso, tal es la preocupación del Comité del Niño con el tema de la violencia infantil, que ha dedicado dos informes generales al estudio de dicho tema, en la sociedad y en la escuela. Todos los tratados de derechos humanos y las reglas de Naciones Unidas útiles para su interpretación insisten en estos aspectos.

Esto es así, porque la experiencia indica que, cuantos más individuos se desarrollen con esas posibilidades, menor necesidad de intervención penal habrá (ver, al respecto, Bernardo Kliksberg en "La situación social de América Latina y sus impactos sobre la familia y la

educación" (OEA, serie "Tendencias para un futuro común", 2002, pp. 45 y ss.). Sobre el particular, una somera lectura de "El Malestar en la Cultura" de Sigmund Freud (Obras Completas, Traducción Luis López-Ballesteros, Biblioteca Nueva, Madrid, 1981, T. III, p. 3017 y ss.), o de Donald Winnicott en "Deprivación y Delincuencia" (Editorial Paidós) o "Eros y Civilización" de Herbert Marcuse (Biblioteca Breve del Bolsillo, Editorial Seix Barral, Barcelona), permitirá comprender que, lejos de la solución meramente punitiva al adolescente, la verdadera prevención opera en la niñez, garantizando una crianza que posibilite luego, al adolescente, una óptima utilización de sus capacidades.

Es que los principios liminares de la convención en la materia que nos ocupa, interés superior del niño - conformado por todos los derechos y garantías reconocidos por el propio tratado (conf. Augusto Diez Ojeda, "El interés superior del niño. Necesidad de su regulación legal", L.L. 1999-C, p. 238), la detención como último recurso y por el tiempo más breve que proceda y los fines previstos en el art. 40, ya citados, conforman un todo que es menester respetar a la hora de examinar el alcance de alguna de sus cláusulas. De esa interpretación surge, indudablemente, que la pena, en materia de menores, no puede ser dispuesta por razones de defensa social, sino únicamente para posibilitar la reinserción del interesado en la sociedad, es decir, teniendo la prevención especial como horizonte.

Una de las consecuencias de esta concepción es que, por su propia entidad, la sanción aplicada a menores debe ser revisada periódicamente para verificar si sigue siendo necesaria. Otra, derivada de la diferente situación que la convención, los organismos internacionales y la doctrina, advierten entre los adultos y los niños y adolescentes, se traduce en que, por su disminuida capacidad de culpabilidad, por la inmadurez y situación de vulnerabilidad en que se encuentran, deben recibir - cuando sea necesario - una pena sensiblemente menor a la que corresponde a los primeros. Así lo reconocen todas las legislaciones sancionadas a la luz de la convención,

que limitan la medida socio educativa de internación entre tres y diez años, según los países (Perú y Brasil, tres años; España, cinco años, aunque puede extenderse a ocho en los delitos de terrorismo; cinco años Bolivia, seis años Nicaragua. Ver, al respecto, José Antonio Vergara Luque, "Régimen Penal de la Minoridad", Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004, p. 71).

Estas características, a mi modo de ver, resultan absolutamente incompatibles con la pena de reclusión o prisión perpetua, puesto que, por definición, están dispuestas para durar toda la vida del destinatario. En efecto, la primera y esencial diferencia que existe entre las penas divisibles y las indivisibles es que, en la primera, la condena fija sin posibilidad de modificación el tiempo que durará la condena; mientras que, en la pena indivisible, el agotamiento - en principio - se da con la muerte del autor del hecho y, eventualmente, su fin dependerá de un acto jurisdiccional posterior, que determinará si están dadas las condiciones para que recupere su libertad anticipadamente.

Como puede fácilmente apreciarse, las características propias de la pena de prisión perpetua no son compatibles con una interpretación teleológica de la Convención sobre los Derechos del Niño y, de allí, que resulte razonable la prohibición del art. 39 inciso "a".

En suma, advierto que la garantía en estudio, tal como rige en nuestro orden constitucional, aún no ha sido reglamentada por normas de derecho interno, por lo que habrá que examinar si, en las prescripciones vigentes, existe alguna que permite efectuar una tarea hermenéutica que armonice aquella prohibición con su excepción.

b) No obstante lo expuesto en el apartado anterior, se ha aplicado, aún después de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a nuestra Carta Magna, prisión perpetua a personas que cometieron delitos antes de cumplir los 18 años de edad.

Todas han sido publicadas, conjuntamente, en el libro editado por UNICEF y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal

bajo el título "Sentencias de reclusión perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la República Argentina (1997-2003). En el prólogo, el Dr. Emilio García Méndez destaca que Argentina es el único país de América Latina donde se sigue sancionando a personas de esa franja etaria con la mencionadas penas indivisibles.

Ahora bien, del análisis de los diez casos que contiene la obra, más allá de algunos argumentos francamente errados, como sostener que la convención prohíbe la prisión perpetua para menores de 16 años y no de 18 (ver p. 219, causa fallada por la Cámara Penal de Primera Nominación de Catamarca, del 4 de octubre de 1999, sentencia corregida por la Corte de Justicia de esa provincia el 7 de julio de 2000), el argumento que se utiliza para afirmar que nuestro orden jurídico contiene normas que posibilitan la prisión perpetua para los citados menores, es común, y ha sido desarrollado por mis distinguidos colegas. Esto es, que la convención prohíbe la prisión perpetua cuando no haya posibilidad de excarcelación y que el Código Penal prevé para dicha pena indivisible la libertad condicional, con lo que no regiría, en Argentina, la mencionada prohibición.

En este sentido, se ha dicho (C.N.C.P., Sala II, 4 de abril de 2000, Causa 2210, "D.N. y otro s/ recurso de inconstitucionalidad", pp. 196 y ss., en la obra citada) que: "...adelanto mi opinión conteste con la del Tribunal de mérito...en el sentido de que, al contemplar nuestra legislación la posibilidad de conceder la libertad condicional a los condenados a reclusión perpetua, la aplicación de dicha pena a un menor no es violatoria de la normativa internacional aludida..." (p. 202, voto del Dr. Pedro David). Se agrega que: "Por otro lado, con respecto a lo expresado por la defensa oficial en cuanto a que el art. 37, inc. "a" de la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere a la posibilidad de excarcelación y no a la libertad condicional, es oportuno resaltar que, en el marco del instrumento internacional, el alcance de la expresión "excarcelación" debe ser entendido en el sentido lato de la palabra...Ello así, en tanto la significación del término debe ser armonizado

con su contexto y su margen de aplicación. Cada Estado regula las instituciones que permiten al condenado "salir de prisión" en forma anticipada. En nuestro país, la "Libertad Condicional" posibilita al condenado "obtener la libertad por resolución judicial" antes del término de la condena cumpliendo determinados requisitos...".

No citaré lo decidido en los restantes casos, porque el voto del Dr. David condensa adecuadamente cuál es la justificación que generalmente se utiliza para pasar por alto la prohibición de la convención o, dicho de otro modo, para aseverar que esa prohibición no rige en nuestro país.

Ahora bien, cómo deben interpretarse las cláusulas de la Convención del Niño o de los Tratados sobre Derechos Humanos. Más arriba transcribí las recomendaciones generales del Comité del Niño, de las que puede inferirse, sin esfuerzo, que una interpretación teleológica, holística, es la única que permitirá brindar una óptima protección.

De una lectura de los tratados de derechos humanos, tanto los regionales como los universales, puede advertirse que todos contienen la posibilidad de limitar, en determinadas circunstancias, los alcances de los derechos por ellos consagrados. Por caso, la cláusula de restricción de derechos del art. 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta cláusula ha sido analizada por Luis García, quien señala ("Los Derechos Humanos en el Proceso Penal", Editorial Abaco, Bs. As., 2002, p. 127), que: "Aquí es pertinente señalar que, en el marco de la CADH, la Corte IDH ha advertido que el art. 30, CADH, no puede ser tomado como una autorización general para que los Estados puedan restringir cualquiera de los derechos del catálogo de la Convención, sino que la posibilidad de restricción surge del modo de determinados derechos por tiempo determinado y en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación".

"En este campo, se ve también la capacidad de rendimiento del principio *pro homine* en cuanto impone fijar el marco normativo de las restricciones por referencia al derecho doméstico o al instrumento

internacional que permite menos restricciones o le impone más condiciones, y del mismo modo en cuanto a las suspensiones de derechos, por referencia al derecho doméstico o al instrumento internacional que establece el catálogo más amplio de derechos no sujetos a suspensión, o que impone más requisitos para autorizarlas."

"En lo que respecta a las restricciones toleradas por los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que ha adherido la Argentina, se observa que todos tienen en común: a) que de alguna manera fijan criterios que permiten reconocer, por el modo de enunciación del derecho, si se trata de un derecho susceptible de ser restringido; b) que las restricciones están sujetas al principio de reserva de ley; y c) que la legitimidad de las restricciones se establece por enunciación y referencia a los fines que, según los respectivos instrumentos, justificarían tales restricciones."

En este orden, el art. 27 inciso 2° de la Pacto de San José de Costa Rica, claramente prohíbe la suspensión del derecho consagrado en el art. 19, sobre protección de los derechos de los menores, aún en caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del estado parte (art. 27 inciso 1°); es más, la opinión consultiva de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos mencionada más arriba, justamente trató sobre el problema de la desigualdad que se crea entre el sistema de menores - de acuerdo con la Convención del Niño - y el de mayores y llegó a la conclusión que no existía tal desigualdad, puesto que los fines que gobiernan aquél, son diferentes al de adultos, primando las particulares características de inmadurez y vulnerabilidad que sufren los niños y adolescentes.

La posibilidad de excarcelación, mencionada en la norma que examinamos, constituye una restricción al derecho de los menores de 18 años a no ser condenados a pena de prisión perpetua. Para considerar si alguna norma de derecho interno constituye un instrumento idóneo, a la luz de la

convención, para restringir ese derecho, han de cumplirse, entonces, los recaudos señalados por el Profesor Luis García. Y allí puede advertirse, fácilmente, que la garantía no ha sido reglamentada legalmente ponderando los fines de la convención y la necesidad de la restricción de la garantía. Pero, lo que es peor, para considerar que la citada garantía está restringida, hay que interpretar la convención en contra del titular del derecho, es decir, en contra del principio "*pro homine*". Porque, sin hesitación, dar al término excarcelación el término ampliado que es necesario para considerar que existe la posibilidad de obtener la libertad, implica una interpretación analógica "*in malam partem*", ya que la garantía no ha sido reglamentada y el condenado a prisión perpetua no puede recuperar su libertad por excarcelación, sino por libertad condicional. Y ambos institutos tienen características diferentes.

De manera que, según mi modo de ver, no es adecuado el esfuerzo hermenéutico que se realiza. No sólo por lo ya explicado, sino que, además, el instituto previsto en el art. 13 del Código Penal, no puede pasar el tamiz de las demás garantías de la Convención y las Reglas de Beijing. No se explica porqué mediante la libertad condicional se cumple con el requisito de la pena como último recurso, ni porqué se satisface la garantía de que se impondrá por el menor tiempo posible. Ni garantiza una revisión periódica de la necesidad de continuar con la sanción penal. A poco que se considere la cuestión, claramente puede dilucidarse que la pena de prisión perpetua, por su propia naturaleza, es incompatible con el concepto del interés superior del niño, tal como ha sido descripto más arriba. Ciertamente las Reglas de Beijing, en su art. 17, prescriben cuándo es posible condenar a un menor que cometió delitos graves, pero no lo es menos que, el propio art. 17 contiene similares prescripciones de excepcionalidad y limitaciones en la duración de la prisión a los que se refiere la Convención sobre los Derechos del Niño, con lo que, en este sentido, tampoco puede sostenerse que una interpretación holística, integral de este instrumento conduzca a aceptar la pena ya citada.

En el sentido que he expuesto, ver Gimol Pinto y Mabel López Oliva, "La sanción de reclusión perpetua a los adolescentes y la convención sobre los derechos del niño o la imposibilidad de su justificación", Nueva Doctrina Penal, Ediciones Del Puerto, Tomo 2001-A, pp. 175 y ss.; y el informe (producido por el Dr. Iñaki Rivera Beiras) del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Centro de Investigación de la Universidad de Barcelona, España, a pedido de la Procuración Penitenciaria de la República Argentina, citado en el artículo de Claudia Cesaroni, "Penas Ilegales en la Argentina: jóvenes condenados a prisión y reclusión perpetua", en "Cuaderno Negro", revista sobre la cárcel y la filosofía del castigo, Imprenta Primera Impresión, Bs. As., 2004, p. 119. En este último, se señala que "Como máximas fundamentales, la Convención aspira a que los Estados partes diseñen políticas protectoras de la infancia tomando como eje direccional el interés superior del niño. De esta forma, en la Argentina las autoridades facultadas para restringir o cercenar libertades de los niños deben actuar teniendo en cuenta que la pena privativa de la libertad será utilizada como "medida de último recurso y durante el período más breve que proceda (art. 37 inc. "b")...La aplicación de la Convención, en tanto vela por los derechos superiores del niño, no puede prohiar una solución con mayor contenido punitivo de la que habría resultado de no existir ella. Por el contrario, una interpretación de buena fe de la Convención no hubiera sido de ningún modo contradictoria con la mencionada legislación interna...Interpretar ese artículo, y hasta el principio de la protección integral del niño, de tal manera que permita imponer una pena de reclusión perpetua, da como resultado una aplicación falsificada de la Convención, al vulnerar las verdaderas intenciones de un sistema penológico específico, cuyos objetivos plantean claramente la necesidad de hallar soluciones no punitivas y el favorecer con intervenciones educativas y sociales el adecuado desarrollo de la vida futura del niño...en este otro sentido la interpretación de la Convención no sólo es restrictiva, sino que es contraria a la misma...Existe la

posibilidad de que esa perpetuidad sea efectiva en el caso que se analiza, por lo que la conclusión de su contrariedad con lo postulado en la Convención de los Derechos del Niño deviene palmaria...".

En el orden supranacional, es muy conocido el precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos "Case of V. v. The United Kingdom", del 16 de diciembre de 1999 (ver en www.echr.coe.int, Judgments and Decisions, por el nombre del caso) en el que se trató el cumplimiento del art. 39 de la Convención sobre los Derechos del Niño y del art. 5, apartado 4 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos. En ese caso, habían sido juzgados y condenados dos menores de once años, por el homicidio de un niño de dos años, a cumplir una suerte de pena indivisible (*"sentence of detention during Her Majesty's pleasure"*), en la que se había fijado -sucesivamente - ocho, diez y quince años de período de detención antes de estar en condiciones de solicitar la libertad condicional (*tariff*). Este último término había sido dejado sin efecto por la Cámara de los Lores, y, en la fecha en que dictó sentencia el Tribunal de Estrasburgo, no había sido redefinida. El consignado órgano colegiado europeo consideró que se habían violado los derechos de los menores, puesto que se le había impuesto una sentencia indeterminada, cuyo término de espera para solicitar la libertad condicional había sido anulado y se les había negado la posibilidad de que se supervise y controle periódicamente su situación, a fin de que hicieran valer su derecho a que cese la sanción, cuando dejara de ser necesaria por haber desaparecido su peligrosidad, circunstancias para las que consideró especialmente la juventud de los jóvenes (ver párrafos 119/22 de la sentencia).

Como vimos más arriba, la "posibilidad de excarcelación" a que se refiere la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene directa relación con el interés superior del niño y la exigencia de que la detención opere como último recurso y por el lapso más breve que proceda. De allí que, las leyes que receptan dicho tratado, prevean especialmente la continua evaluación de la medida, autorizando su sustitución en cuanto sea posible. Y

ello es, justamente, lo que no permite la libertad condicional prevista en el art. 13 del Código Penal.

Pero, además, la libertad condicional tampoco puede erigirse en una garantía de libertad del sujeto, puesto que, como vimos, la imprecisión con relación al momento en que se agotará la pena es una característica propia de las penas indivisibles. A más de que esta situación generará un indudable estado de incertidumbre en el condenado, lo cierto es que el fin de la sanción - impuesta, en principio, mientras dure la vida del individuo - dependerá, no solo del paso de un considerable lapso, sino también de una decisión jurisdiccional futura, que bien puede ser negativa para el interés del menor.

Es verdad que el art. 13 permite la libertad condicional para las penas de prisión perpetua, pero no lo es menos que no la garantiza; y existen ejemplos en nuestra historia jurídica que permiten sostener que ello puede pasar, como el de Robledo Puch, que habiendo sido condenado hace ya muchos años, se le denegó la libertad condicional, a pesar de haber cometido delitos en su juventud, aunque por cierto, gravísimos. Dado que el caso es público, por haber sido difundido en todos los medios de comunicación, sirve a los fines propuestos.

c) Aun suponiendo que el término excarcelación debe entenderse en sentido amplio, tampoco surge, de un análisis de la cuestión, que ese instituto permitiría, en un término cierto, obtener la libertad condicional, en la situación de Matías Millorini.

En los casos que se juzgaron con anterioridad, regía desde 1921, el término que debía cumplir el condenado antes de solicitar la libertad condicional: veinte años de prisión. Sin embargo, este plazo fue modificado por ley 25.892, del 26 de mayo de 2004, que lo extendió a treinta y cinco años de prisión. No sólo eso, sino que, también, el art. 14 del Código Penal fue reformado y, ahora, está prohibida la libertad condicional para uno de los

delitos por los que será condenado Millorini, justamente el que tiene prevista pena de prisión perpetua, el art. 80 inciso 7°.

En el futuro, al tratar la situación del inculcado, deberá determinarse, en consecuencia, si al nombrado le corresponde, o no, la libertad condicional; como así también si deberá cumplir 20 o 35 años de encierro antes de egresar. Ello así por cuanto fue detenido cuando regía el viejo plazo, pero estará en condiciones de solicitar la aplicación del art. 13 del Código Penal con la nueva disposición.

Aunque el planteo es novedoso, ya que la modificación se produjo hace poco tiempo, lo cierto es que, siguiendo el criterio de una corriente jurisprudencial, puede asegurarse que no se ha fijado, todavía, cuándo la mencionada soltura podría producirse, con lo que, la propiedad de indefinición de la pena de prisión perpetua se ha acentuado aún más, lo que demuestra que no es compatible con la Convención del Niño. En efecto, la ley 24.390 estableció originalmente, como se sabe que, transcurridos los dos años de prisión preventiva, si la medida se prolongaba, se debían computar dos días cada uno de privación de libertad. Esta norma fue dejada sin efecto por ley 25.430, razón por la cual se suscitó la cuestión de determinar qué sucedía en los casos en que un sujeto había sido detenido antes de la reforma, pero había cumplido los dos años después de ella. La Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, en el caso "A., E. S/recurso de casación, rta. el 12 de agosto de 2004 (ver Jurisprudencia Penal de La Ley del 28 de febrero de 2005, p. 46), decidió que, como en la época del cumplimiento del plazo previsto en aquella norma, ya no regía el cómputo privilegiado, debía aplicarse la nueva disposición, no obstante que la detención se había producido durante la vigencia del texto original de la ley.

Si este criterio lo trasladamos, "mutatis mutandi" al problema del plazo de la libertad condicional, podría afirmarse que el régimen por el que deberá juzgarse la soltura del menor será el que se encuentre vigente cuando esté en condiciones de obtener su soltura, o el que rija cuando

quede firme la sentencia. Con lo que, desde esta perspectiva, Millorini no tendrá la posibilidad de solicitar la libertad condicional, por estricta aplicación del nuevo art. 14 del Código Penal.

Por estos argumentos, también considero que la pena de prisión perpetua, en nuestro ordenamiento jurídico y respecto de los sujetos en la Convención de los Derechos del Niño, es inconstitucional, ya que viola claramente el art. 39 de dicho Tratado sobre Derechos Humanos y es de esperar que una necesaria, requerida y reclamada reforma legislativa, deje atrás discusiones como la que nos ocupa, lo que se traducirá en una política eficaz para nuestros niños y adolescentes. No sólo en el orden penal, sino también -y por sobre todo - en el económico, social, educativo y familiar.

8) En base a todo lo expuesto, y dado que considero que la pena de prisión perpetua es inconstitucional, por vulnerar, en el caso de los jóvenes, el art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y 39 de la Convención del Niño, es menester considerar el marco punitivo que tomaré en cuenta para decidir, en definitiva, la sanción que corresponde imponer al epigrafiado. En este sentido, no puede pasarse por alto que el mismo art. 80 del Código Penal prevé una pena divisible, aplicable ante situaciones extraordinarias de atenuación, por lo que considero adecuado tomar esa escala para juzgar la pena adecuada al “sub judice”.

En base a ello, teniendo en cuenta los parámetros desarrollados por la mayoría, la juventud del imputado, los graves ilícitos por los que se lo declaró penalmente responsable, la pésima evolución de evidenció durante el tratamiento tutelar y la regular impresión que me causó las veces que lo entrevisté, estimo ajustado a derecho aplicarle la pena de veinte años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12 y 29 inciso 3º del Código Penal y 530 y 531 del Código Procesal Penal).

En tal sentido me pronuncio.

Buenos Aires, 29 de marzo de 2005.-