

A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 31 de julio de 2013, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores **Negri, Kogan, Soria, Pettigiani**, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 111.820 y su acum. P. 117.335, "L. , C.A. . Recurso de casación".

A N T E C E D E N T E S

La Sala Tercera del Tribunal de Casación Penal, mediante el pronunciamiento dictado el 6 de mayo de 2010, hizo lugar parcialmente al recurso de la especialidad interpuesto contra la sentencia del Tribunal en lo Criminal nº 9 de Lomas de Zamora que condenó a C. A. L. a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, como coautor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por el empleo de arma de fuego en grado de tentativa en concurso real con homicidio calificado reiterado (dos hechos) en concurso real con homicidio calificado en grado de tentativa, con más la declaración de reincidencia; pena que unificó en igual cantidad y especie con la del remanente de dos años, dos meses y cuatro días de prisión que le restaba cumplir en la causa 633/4 del Tribunal nro. 4 del mismo Departamento Judicial. En consecuencia, condenó

al nombrado a la pena de veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar coautor responsable de los delitos de homicidio en ocasión de robo, robo agravado por el uso de arma de fuego y por su comisión en poblado y en banda, en grado de tentativa, en concurso ideal con homicidio simple; y robo agravado por el uso de arma de fuego y por su comisión en poblado y en banda, en concurso ideal con homicidio simple, ambos tentados; concurriendo los delitos en forma ideal, con más la declaración de reincidencia, unificando dicha pena en igual cantidad y especie con el remanente de dos años, dos meses y cuatro días de prisión que le restaba cumplir en la causa 633/4 del Tribunal en lo Criminal n° 4 de Lomas de Zamora (fs. 989/108 vta.).

El señor Fiscal Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal y el Defensor Oficial ante esa instancia interpusieron sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley, que fueron concedidos por esta Suprema Corte mediante resolución de fs. 185/186 vta.

A fs. 188/194 obra el dictamen del señor Subprocurador General, quien mantuvo el recurso del Fiscal y aconsejó desestimar el de la defensa. Dictada la providencia de autos (fs. 195), presentada la memoria por la defensa y hallándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte decidió plantear y votar las

siguientes

C U E S T I O N E S

1ª) ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por el señor Fiscal de Casación?

2ª) ¿Lo es el deducido por el señor Defensor Oficial?

V O T A C I Ó N

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

1. El Tribunal de Casación Penal modificó la calificación legal de los hechos en análisis, tal como se reseñó en los antecedentes. Adujo, sobre el punto que "... De la descripción efectuada por el Tribunal surge con claridad que el propósito que inició el desarrollo causal fue el de robo, y que a consecuencia del modo como se desarrolló el desapoderamiento se habrían producido dolosamente -en un único hecho- las muertes. Vale decir, que en casos como el presente, la faz objetiva del delito puede resultar aparentemente típica con respecto a ambas figuras a la vez..." (v. fs. 102 y vta., del voto del juez Violini con la adhesión simple del juez Carral a fs. 107).

Añadió de seguido que "... la diferencia entre el robo con homicidio y el homicidio 'criminis causae' pasaría, (si las dos figuras poseen una materialidad

objetiva prácticamente idéntica, si las dos son dolosas y en ambas gravita el 'motivo' de la muerte), por la premeditación y su relación con el bien jurídico protegido en cada caso: si el autor, en forma reflexiva y meditada, se ha propuesto el homicidio como medio para ejecutar otro delito (que en puridad es lo que revela el desprecio por la vida humana y su sujeción a una ventaja de tipo patrimonial), estaremos en presencia de un homicidio agravado; si esta premeditación o planeamiento no existen, pese a matarse dolosamente, estaremos en presencia de un robo agravado..." (fs. 103).

Puntualizó luego que "En la causa ... nada autoriza a suponer que los autores procuraban un homicidio como motor principal de su conducta sino que -en cambio- afrontaron un robo armados ... Esa subitaneidad propia de los arrestos choca frontalmente con la figura del homicidio criminis causa en la que lo central es que se mata con una ultraintención también delictiva. Allí la muerte es deliberada, pensada, sopesada, en aras del clásico delito incompleto en dos actos que constituye la especie de ese elemento subjetivo distinto del dolo..." (fs. 103 vta.).

Y culminó que "... en ausencia de prueba que acredite la preordenación de la muerte, y más aún, considerando que la existencia de un plan previo que comprendiera la muerte como medio comisivo del robo no ha

sido considerada por el juzgador, entiendo que la conducta en trato no podría superar -en principio- los márgenes del homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal)..." (fs. cit.).

2. En el recurso de inaplicabilidad de ley traído a estudio, el señor Fiscal Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal trae tres planteos: uno principal y dos en subsidio.

a) En su reclamo central denuncia la errónea aplicación del art. 165 del Código Penal así como la inobservancia del 80 inc. 7° del mismo y de su doctrina legal (fs. 133).

Refiere que centra su agravio en el encuadre legal que ha efectuado el Tribunal de Casación de los hechos probados. Aduce que las circunstancias fácticas debidamente acreditadas en autos permitían la aplicación de aquél tipo penal calificado, como correctamente lo entendiera el órgano de juicio.

Sostiene que los hechos traídos constituyen un homicidio finalmente conexo. Argumenta que en el caso bajo examen no hay muerte imprevisible a causa de las violencias típicas del robo, sino resentimiento por no haber podido concretar sus fines delictivos de acuerdo al plan. En tal sentido entiende que se trató ni más ni menos de una clara e impulsiva reacción del encartado de matar "por" esa

circunstancia causalmente conexas con el robo (fs. 134). Y que, tal premisa, al no haber merecido por parte de la defensa objeción alguna, se encuentra consentida y resulta determinante a la hora de calificar el ilícito en trato. Es decir que al no haber el defensor cuestionado el punto oportunamente por la vía del absurdo, la cuestión no admite ser revisada, ni mucho menos modificada por el superior.

Asimismo, alude a la irrelevancia que adquiere en el ítem, que haya existido preordenación de la muerte, ya que es un recaudo no exigido por la norma. Es decir, no es necesario que quien se disponga a delinquir vaya a matar para consumir u ocultar el delito. Basta sólo con que en el momento del hecho, el autor tenga conciencia de ejecutarlo con el propósito de obtener una finalidad "... -cual era la de apoderarse del arma de M. a 'cualquier precio' y decidir la muerte de los tres por el despecho que le provoca la frustración del robo..." (v. fs. 134).

Concluye, así, que, en rigor, el Tribunal de Casación yerra al aplicar la figura del art. 165 del Código Penal obliterando el tipo calificado del 80 inc. 7°.

b) Plantea en subsidio el recurrente la inobservancia del art. 41 bis en relación con el art. 165 todos del Código Penal (fs. 135/137).

Así para el caso de mantenerse el encuadre en los términos del art. 165 del Código Penal solicita la

restitución de la aplicación de la agravante desplazada contenida en el art. 41 bis de aquél. Ello así, en tanto entiende que el delito de homicidio en ocasión de robo resulta ser una figura específica e independiente, no siendo atendible la remisión que efectúa el **a quo** a la figura del robo con armas de fuego para excluir la agravante en cuestión.

c) Por último, se agravia el apelante de la inobservancia de los arts. 40 y 41 del Código Penal en relación con la valoración de antecedentes condenatorios como agravantes y la declaración de reincidencia y su doctrina legal (fs. 137, ap. 3/138).

En ese sentido, considera que la valoración de la condena anterior que registra el aquí imputado L. -como agravante de pena y como base para fundar la reincidencia- no implica una doble valoración prohibida, ni vulnera principio constitucional alguno como lo afirma el tribunal recurrido.

3. Coincido con lo dictaminado por el señor Subprocurador General, pues estimo que el recurso debe ser acogido.

Los hechos que llegan firmes a esta sede refieren que "... dos sujetos de sexo masculino, mayores de edad, ingresaron con fines de robo al interior del comercio de carnicería y almacén ubicado en la calle ... de Monte

Grande, partido de Esteban Echeverría, e intimidando con armas de fuego y ejerciendo violencia física sobre J.M. , R. A. G. y J. J.M. , quienes en ese momento se encontraban atendiendo en el lugar, intentaron apoderarse ilegítimamente del arma de J. M. y de dinero, siendo que ante la resistencia de este último, quien efectuó disparos contra los asaltantes, hiriendo a uno de ellos, los dos sujetos dispararon contra los tres primero mencionados con la intención de causarles la muerte para procurar su impunidad y por no haber logrado el fin propuesto al intentar cometer el ilícito, resultando muertos a consecuencia de los disparos J. M. y R. A.G. , no logrando su cometido respecto de J. J. M. a quien le causaron por el disparo del arma de fuego, una herida en el cuello de carácter grave, tras lo cual se dieron a la fuga..." (fs. 37 y vta.).

4. A partir de lo expuesto, es preciso dilucidar el significado jurídico que corresponde asignarle al marco fáctico fijado por los sentenciantes inferiores.

Ha dicho esta Corte que "[p]ara que resulte aplicable la figura del inc. 7º del art. 80 del Código Penal debe demostrarse la existencia en el ánimo del autor de cualquiera de las finalidades que contempla" (P. 47.611, sent. del 4/V/1993), lo que pone de resalto el deber de determinar fáctica y jurídicamente la concurrencia de la

agravante analizada.

En el **sub examine** se encuentra aclarada de modo suficiente la hipótesis fáctica en relación con uno de los diversos supuestos previstos en el inc. 7º del citado art. 80, el cual, según el fallo aludido L. ultimó a las víctimas "para procurar su impunidad y por no haber logrado el fin propuesto al intentar cometer el ilícito", dándose así por probada la conexión con el otro delito: el robo. El suceso quedó comprendido en la citada norma, al probarse la conexión subjetiva final o impulsiva de dar muerte a otro.

Por otra parte, deviene asimismo atendible la denuncia de violación de la doctrina legal sentada -entre otros precedentes que menciona- en causa P. 100.416 formulada por el recurrente. Corresponde aquí reproducir las consideraciones formuladas por esta Corte en aquel precedente.

En efecto, allí se resolvió que "... del art. 80 inc. 7 del Código Penal 'no resulta, ni expresa ni implícitamente, que su elemento subjetivo del tipo deba concurrir antes de iniciarse la ejecución del otro delito' (P. 34.495, sent. del 6/II/1987) tal como lo interpreta la defensa al exigir la concurrencia de premeditación, planeamiento o preordenación..." (causa cit.). Y lo así decidido, resulta plenamente aplicable al caso de autos.

5. Corresponde entonces calificar el hecho bajo

examen como constitutivo del delito de robo agravado por el empleo de arma de fuego en grado de tentativa en concurso real con homicidio calificado reiterado (dos hechos) en concurso real con homicidio calificado en grado de tentativa (arts. 12, 29 inc. 3º, 40, 41, 42, 55, 166 inc. 2º, 79 y 80 inc. 7º, todos del C.P.).

Sin perjuicio del cambio de calificación legal propuesto, no es preciso en el caso disponer la remisión de los autos a la instancia de origen a fin de que se gradúe la penalidad a imponer al imputado, pues estimo que la impuesta por el tribunal de mérito ante la misma subsunción jurídica, debe tenerse por mantenida, en tanto que prevé exclusivamente con carácter de perpetua la sanción privativa de la libertad, imposible, por ello, de graduar.

6. También en virtud del cambio de encuadre legal que se propone deviene abstracto el planteo en subsidio reseñado supra 2. b) (doct. art. 421, C.P.P.).

7. En cuanto al agravio formulado en 2.c) referido a la circunstancia agravante vinculada con la "condena anterior" que fuera desagregada por el pronunciamiento anterior, le asiste razón al impugnante.

Cabe poner de resalto que una cosa es la declaración de reincidencia prevista en el art. 50 del Código Penal y otra la consideración como severizante de "una condena penal anterior" que registre el imputado a los

finde de la graduación de la pena. Esta Corte las ha distinguido al señalar que no es procedente la denuncia de violación del principio **non bis in idem** y de los arts. 29 de la Constitución de la Provincia y 40 y 41 del Código Penal, por haberse computado en carácter de agravante una condena anterior que a su vez motiva la declaración de reincidencia del procesado, pues el juzgador a los fines de graduar la pena ponderó únicamente la existencia del precedente condenatorio, mientras que las consecuencias que la ley asigna a la condición jurídica de reincidente operan en el ámbito de la ejecución de la pena (P. 65.317, sent. del 3/III/2004, P. 80.174, sent. del 8/IX/2004; P. 78.262, sent. del 14/XII/2005; P. 79.967, sent. del 20/VI/2007; P. 94.467, sent. del 7/V/2008; P. 102.267, sent. del 28/XII/2008; P. 98.760, sent. del 3/II/2010; P. 109.772, sent. del 4/IV/2012, entre muchas otras).

De tal modo, en cuanto a la utilización del antecedente condenatorio para graduar la pena cabe decir que conforme lo ha declarado esta Corte, ese cómputo no viola la garantía constitucional del **non bis in idem** como así tampoco el principio de culpabilidad. El autor que ha experimentado el encierro que importa la condena, y a pesar de ello, reincide, demuestra su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Ese desprecio por la pena anterior se

refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (P. 109.615, res. del 14/VII/2010; P. 107.304, sent. del 16/III/2011).

No obstante todo lo dicho, dado que dentro de las especies de penas absolutas posibles previstas en el art. 80 inc. 7° del Código Penal se le aplicó a L. la menos gravosa (prisión perpetua en lugar de reclusión perpetua con accesoria del art. 52 del C.P. como había reclamado el Fiscal en el alegato final), la discusión deviene inoficiosa, porque la pena establecida en primera instancia y que -a tenor de lo aquí resuelto- se repone, coincide con la reclamada por el Fiscal al recurrir. Adviértase que en el petitorio (fs. 138 vta.) solicita justamente eso, que se reponga la pena de prisión perpetua obtenida en la sentencia del Tribunal Criminal Oral N° 9 de Lomas de Zamora, la cual importa un límite en la pretensión del Fiscal al haber sido recurrida ante casación únicamente por la defensa del imputado (art. 481 del C.P.P.).

Voto por la **afirmativa**.

Los señores jueces doctores **Kogan, Soria y Pettigiani**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Negri, votaron la primera cuestión también por la **afirmativa**.

A la segunda cuestión planteada, el señor Juez doctor Negri dijo:

Contra el pronunciamiento reseñado en los antecedentes, el señor Defensor Oficial ante el Tribunal de Casación interpuso también recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (fs. 172/179 vta. en P. 117.335).

1. a) En primer lugar, tachó de arbitraria la sentencia por considerar que omitió fundamentar el monto de pena aplicado en violación a la doctrina legal de este Tribunal, en contradicción con los arts. 18 y 33 de la Constitución nacional y 171 de la Constitución provincial.

Con ese norte, y para dar sustento a su reclamo, citó diversos fragmentos de los precedentes P. 81.527, "Laportilla" (v. fs. 174 vta. y 175); P. 83.260, "Ruiz" (v. fs. 175 -último párrafo-/vta. y fs. 176) y P. 90.327, "Spíndola" (v. fs. 176/vta.).

1. b) En el mismo sentido, aseveró que se ha desconocido la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Castillo Mercedes", C. 1014, L. XLIII del 17 de marzo de 2009 (v. fs. 177/178); "Ramírez", R. 1913. XLI del 6 de marzo de 2007 (v. fs. 178) y "Romano", R. 804. XL del 28 de octubre de 2008 (v. fs. 178 vta.).

Solicitó -entonces- que se apliquen tales precedentes ya que el pronunciamiento impugnado determina -a su juicio-, arbitrariamente el monto de pena (v. fs. 178 vta. -penúltimo párrafo-).

2. El señor Subprocurador General al emitir su dictamen propició se rechace el recurso interpuesto (fs. 193 vta./194).

3. Adelanto que también considero que los reclamos traídos no pueden prosperar.

Los agravios referidos al indebido control casatorio y violación al derecho a la revisión -con relación a la determinación de la pena- no pueden ser acogidos. Ello así en tanto la pretensión se efectuó en miras a la graduación de una pena divisible. Sin embargo, en el caso y atento el cambio de calificación resuelta en la cuestión anterior, los planteos devienen inoficiosos en virtud de que este Tribunal ha restablecido la pena indivisible impuesta en la instancia de mérito y ella no admite dosificación (art. 488 del C.P.P.).

Voto por la **negativa**.

Los señores jueces doctores **Kogan, Soria y Pettigiani**, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Negri, votaron la segunda cuestión también por la **negativa**.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, de conformidad con lo dictaminado por el señor Subprocurador

General se resuelve:

1. Hacer lugar parcialmente al recurso deducido por el señor Fiscal Adjunto ante el Tribunal de Casación Penal, casar la sentencia recurrida y calificar el hecho como constitutivo del delito de robo agravado por el empleo de arma de fuego en grado de tentativa en concurso real con homicidio calificado reiterado (dos hechos) en concurso real con homicidio calificado en grado de tentativa, y restablecer la pena de prisión perpetua impuesta a C. A. L. por el tribunal de juicio (arts. 12, 29 inc. 3°, 40, 41, 42, 55, 166 inc. 2°, 79 y 80 inc. 7°, todos del Código Penal y 496 del C.P.P.).

2. Declarar inoficioso el tratamiento del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido por el señor Defensor Oficial ante el Tribunal de Casación Penal, sin costas (art. 488 del C.P.P.).

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase.

HECTOR NEGRI

DANIEL FERNANDO SORIA

HILDA KOGAN

EDUARDO JULIO PETTIGIANI

R. DANIEL MARTINEZ ASTORINO

Secretario