

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

ACUERDO

En la ciudad de La Plata a los 28 días del mes de abril del año dos mil quince, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, doctores Horacio Daniel PIOMBO y Ricardo R. MAIDANA, bajo la presidencia del segundo de los nombrados, para resolver en la causa n° 61.783, "MACIAS, JORGE LUIS S/ RECURSO DE CASACIÓN", conforme el siguiente orden de votación: MAIDANA – PIOMBO.

ANTECEDENTES

El 27 de agosto de 2013 el Tribunal en lo Criminal n° 8 del Departamento Judicial San Martín resolvió por unanimidad condenar a Jorge Luis Macias a la pena de diez (10) años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, con más la declaración de reincidencia, en orden al delito de robo agravado por haber sido cometido mediante el uso de armas de fuego y por la participación de un menor de edad, ocurrido el 4 de julio de 2011 en perjuicio de Segundo Santiago Pedernera (arts. 5, 29 inc. 2°, 40, 41, 41 quater y 166 inciso 2° párrafo segundo, CP).

Contra dicho pronunciamiento, el Defensor Oficial, Dr. Juan Manuel Gornatti, interpuso el recurso de casación obrante a fs. 18/24vta.

Elevado el legajo y encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Sala VI del Tribunal dispuso plantear y resolver las siguientes:

CUESTIONES

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Primera: ¿Es admisible el recurso interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada, el señor juez, doctor MAIDANA, dijo:

Habiendo sido interpuesto el recurso por quien se encuentra legitimado, en debido tiempo y contra un pronunciamiento definitivo de juicio oral en materia criminal, se encuentran reunidos los recaudos formales y satisfechos los requisitos de admisibilidad previstos legalmente (arts. 18 y 75, inc. 22, CN; 14, n° 5, PIDCP; 8, n° 2, *h*, CADH; 20 inc. 1, 450, primer párrafo, 451, 454, inc. 1, CPP).

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la misma cuestión planteada el señor juez, doctor PIOMBO, dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante en igual sentido y por los mismos fundamentos.

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

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

El recurrente plantea la errónea aplicación del art. 41 quater del CP, explicando que la menor no tuvo ningún tipo de participación en el ilícito, que no sabía de antemano qué es lo que iba a suceder y que a R. C. S. se la condenó en juicio abreviado sin aplicación de dicha agravante, con lo cual podría existir incongruencia si no se corrige lo que apunta; explica, además, que el Fiscal había descartado ya al inicio del debate la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

aplicación de la agravante mencionada, de allí que se afectó el principio de congruencia. Alega errónea aplicación del art. 42 del CP, aduciendo que – más allá que el dinero y las tarjetas de crédito fueron recuperados– los elementos faltantes quedaron en un bolso que fue arrojado por los autores a metros del lugar cuando intentaron escapar; agrega que todo se debe a la inoperancia policial por cuanto no secuestró aquel bolso. Tilda de arbitraria la pena impuesta y dice que no tiene motivación, especialmente porque se excedió del pedido fiscal. Hace reserva del caso federal.

La Defensora Adjunta de Casación, Dra. Susana Edith de Seta, acompaña los argumentos de su colega de la instancia y solicita se haga lugar al recurso. Hace reserva del caso federal (34/vta.).

Por su parte, el Fiscal Adjunto de Casación, Dr. Fernando Luis Galán, propicia el rechazo del recurso impetrado (fs. 35/37vta.).

Con independencia de la garantía procesal que conduce a la exigencia de la necesidad de la doble conformidad judicial para ejecutar la pena si el condenado lo requiere, la circunstancia de ponerse en juego otra garantía como la del juicio público, única base de la condena, determina que, en el caso de no haberse observado el debate, no es posible controlar la valoración de la prueba practicada en el transcurso de la audiencia si el Tribunal diera cuenta circunstanciada de su empleo, para tener por acreditado cualquiera de los extremos de la imputación.

Los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como jueces en el juicio oral, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad (arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto), sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento, se

trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso, con lo que, no existe una incompatibilidad entre el debate y la revisión amplia en casación, ambos son conciliables en la medida en que no se exagere el resultado de la intermediación.

Limitados de tal modo los motivos de agravio consignados por el impugnante, el conocimiento del proceso se circunscribirá a lo que fuera expuesto (art. 434 y cc. del CPP; v. de esta Sala, causa n° 55.583, “*Mendoza, Fidel Ángel s/ Recurso de Casación*”, sent. del 14 de mayo de 2013, reg. 138/13; c. N° 55.868, “*Benítez, Julio César s/ Recurso de casación*”, sent. del 12 de julio de 2013, reg. 237/13; y c. N° 56.420, “*Díaz Quintela, Víctor Antonio s/ Recurso de Casación*”, sent. del 30 de julio de 2013, reg. 283/13, entre muchas otras).

Le asiste razón a la defensa en cuanto a que la agravante prevista por el art. 41 quater del Código Penal ha sido erróneamente aplicada. Ello así en la medida en que, tanto al inicio del debate (cfr. fs. 2vta.), como en el alegato final (cfr. fs. 3vta.), el Fiscal sostuvo expresamente que dicha agravante no era de aplicación al supuesto de autos, de modo que el pronunciamiento dictado por el Tribunal *a quo* ha excedido la pretensión punitiva del órgano acusador (cfr., *mutatis mutandis*, CSJN, “*Recurso de hecho deducido por Héctor Luis Amodio en la causa Amodio, Héctor Luis s/ causa N° 5530*”, Expte. “A. 2098. XLI.”, rta. con fecha 12 de junio de 2007, disidencia de Lorenzetti y Zaffaroni). No obsta lo dicho el hecho que el acusado fuera intimado con anterioridad –sea en la oportunidad del art. 308 CPP o en el requerimiento de elevación– puesto que, en última instancia, el Ministerio Público adoptó otra posición al respecto que prima sobre la anterior en virtud del principio de unidad de criterio que

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

rige en el ámbito del Ministerio Público Fiscal (art. 2, segundo párrafo, ley provincial 12.061).

Distinto es mi parecer respecto del tramo recursivo en donde se postula que el ilícito no se consumó. Entiendo que si uno de los atracadores logró escaparse (fs. 15) y parte del botín no fue hallado (*id.* anterior; v. tamb. declaración de la víctima a fs. 9vta. y ss., específicamente la foja 10vta.), el ilícito contra la propiedad se encuentra efectivamente consumado. Que uno de los asaltantes haya arrojado un bolso al tiempo que intentaba fugarse no conmueve lo decidido desde que por un breve lapso tuvo la posibilidad de disponer libremente de los bienes sustraídos, máxime porque –amén de lo anterior– la aprehensión del encausado no se realizó de forma inmediata conforme se desprende de los testimonios de los funcionarios policiales Carina Alejandra Ruiz Díaz, Fernando Alberto Acosta y Edgardo Nazareno Cabral (cfr. fs. 8 y ss.).

Corresponde, entonces, adecuar la pena.

Nuestro ordenamiento positivo ha consagrado un sistema relativo, por oposición a uno de penas fijas, donde a cada tipo legal le corresponde un marco que refleja el valor proporcional de la norma dentro del sistema y dentro del cual el juez debe fijar cuál es la sanción adecuada al caso que se le presenta.

Este marco configura una escala de gravedad continua y de crecimiento paulatino, en la que el legislador establece todos los casos posibles, desde el más leve hasta el más grave que se pueda concebir, y el sentenciante debe ubicar cada una de las controversias sometidas a su conocimiento, procurando hacerlo en el segmento correcto (ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-hoc, 1999, p. 37).

Esta operación intelectual, por supuesto, no se encuentra exenta de dificultades y aunque estrecha considerablemente el espacio para la discrecionalidad, a través de la evaluación conjunta del ilícito, el grado de culpabilidad del imputado con el correctivo de la peligrosidad y las reglas de los arts. 40 y 41 CP, no nos permite arribar a un monto con precisión matemática.

Con esto no pretendo abonar la tesis que sostiene la imposibilidad de ejercer un control sobre la cuestión en esta instancia, sino simplemente poner de resalto los límites de este análisis, que resultan tanto de la disparidad de conocimiento que, por los distintos roles que cada uno está llamado a desempeñar en el proceso, existe entre el *a quo* y el suscripto –como integrante del Tribunal *ad quem*– y los contornos necesariamente difusos que supone la tarea.

De manera que, atento la modificación propuesta en la calificación legal, la existencia de dos agravantes (v. fs. 13) y ninguna atenuante (v. fs. 12vta.), propongo reducir la cuantía de la pena impuesta a ocho (8) años de prisión, accesorias legales y costas, manteniendo la declaración de reincidencia efectuada por el Tribunal (arts. 18, CN; 40, 41, 45, 50 y 166, inc. 2º, párrafo segundo, CP; 210, 373, 448, 460, ss. y ccs. del CPP); sin costas en la instancia, atento al resultado parcialmente favorable (arts. 530 y 531, CPP).

Asimismo, deberán tenerse presentes las reservas del caso federal de fs. 24 y 34 (art. 14, ley 48).

ASÍ LO VOTO.

**PROVINCIA DE BUENOS AIRES**

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

A la misma segunda cuestión planteada el señor juez, doctor PIOMBO, dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante en igual sentido y por los mismos fundamentos.

ES MI VOTO.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve:

I. DECLARAR ADMISIBLE la impugnación deducida.

II. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de Jorge Luis Macias, casar la agravante del art. 41 quater del CP, disminuyendo la cuantía de la pena impuesta a ocho (8) años de prisión, accesorias legales y costas, manteniendo la declaración de reincidencia efectuada por el Tribunal; sin costas en la instancia, atento al resultado parcialmente favorable.

III. TENER PRESENTE las reservas del caso federal formuladas a fs. 24 y 34 (art. 14, ley 48).

Rigen los artículos 18 y 75, inc. 22, CN; 14, n° 5, PIDCP; 8, n° 2, h, CADH; 40, 41, 45, 50 y 166, inc. 2º, segundo párrafo, CP; 20 inc. 1, 210, 373, 448, 450, primer párrafo, 451, 454, inc. 1, ss., 460, ss. y ccs., 530 y 531, CPP.

Regístrese, comuníquese, notifíquese a las partes y oportunamente devuélvase al Tribunal de origen, al que se le encomienda la notificación del causante de este decisorio y que una este legajo a su principal que le sirve de antecedente.

Fdo. Horacio Daniel Piombo - Ricardo R. Maidana

Ante mi: Francisco R. N. de Lázzari