



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**

Tribunal de Casación Penal

C- 112.403

En la ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires, reunidos los Jueces designados para integrar la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores María Florencia Budiño y Carlos Ángel Natiello, con el objeto de dictar sentencia en la presente causa **Nº 112.403** caratulada “DUTRA ALEJANDRO SEBASTIÁN S/ RECURSO DE CASACIÓN”, y habiéndose efectuado el sorteo para establecer el orden en que los señores jueces emitirán sus votos, resultó el siguiente orden de votación: **BUDIÑO – NATIELLO.**

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

El Tribunal en lo Criminal Nro. 1 del Departamento Judicial La Matanza pronunció veredicto condenatorio en el marco de la causa nº 140 y, en lo que aquí interesa, decidió imponer a Alejandro Sebastian Dutra, la pena de treinta y seis años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar coautor penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo, según hecho cometido el 9 de marzo de 2020 en la localidad de Villa Madero del Partido de La Matanza en perjuicio de quienes en vida fueron Mauricio Ezequiel Miño, Daniela Montero, Raúl Ibarra y Mariana Vilardo (arts. 5, 12, 19, 29 inc. 3, 40, 41, 41 bis, 41 quáter, 45, 165 del CP, 375, 530 y sgtes. del CPP).

Asimismo, dispuso formar causa por separado por el “hecho 2” y, de acuerdo con lo normado por el art. 15 a contrario del CPP y 18 y concordantes del CPPN, girarla a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, para que desinsacule el Tribunal en lo Criminal que deberá seguir conociendo en el mismo (arts. 25 y concordantes del CPPN).

Contra dicho resolutorio interpuso recurso de casación la Dra. Analía Gaggero, Defensora Oficial interinamente a cargo de la Unidad Funcional de Defensa Nro. 10 del Departamento Judicial La Matanza.

Hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

Primera: ¿Es admisible el recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

A la **primera cuestión** planteada la señora jueza doctora **Budiño dijo:**

El recurso en trato satisface los requisitos de tiempo y forma regulados, en lo pertinente, por los artículos 451 y ccetes. del C.P.P., a la vez que la impugnante se encuentra legitimada para recurrir y la resolución objeto del recurso es sentencia definitiva por lo que se enmarca dentro de las resoluciones que el Código de Rito establece como susceptibles de ser impugnadas por esta vía.

En consecuencia, considero que el recurso interpuesto es admisible, debiendo el Tribunal expedirse sobre su fundabilidad y procedencia.

Voto, entonces, por la afirmativa.

Arts. 421, 448, 450, 451, 454 inc. 1° del C.P.P.

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

Adhiero al voto de la doctora Budiño en igual sentido y por sus mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la **segunda cuestión** planteada la señora jueza doctora **Budiño dijo:**

I. a) Como primer motivo de agravio, la recurrente cuestiona la decisión del tribunal anterior de declararse incompetente para pronunciarse con respecto al "Hecho 2", planteando que la misma resulta desatinada en virtud del momento procesal en que se resuelve; lo que atenta contra los principios constitucionales de debido proceso, preclusión y *ne bis in ídem*.

Refiere que se elevó la causa a juicio determinando la materialidad infraccionaria configurativa del delito de portación ilegal de arma de guerra y que el Tribunal en lo Criminal Nro. 1 Departamental recibió los actuados, analizó su competencia, citó a juicio, proveyó las pruebas, designó fecha de debate y llevó a cabo ese juicio posibilitando que la Vindicta pública acuse por ese hecho, sin ni siquiera mencionar su carencia de aptitud para juzgar.

En tal sentido, con cita del precedente “Polak”, considera vulnerado el principio de preclusión, desde que, en todas las instancias en que hubiera sido posible decidir la incompetencia de la justicia provincial -esto es, en principio, la elevación a juicio y la citación a juicio- no se lo hizo, con lo cual ello ya no sería posible en la sentencia so pena de incurrir en la violación del principio *ne bis in dem*.

Agrega que la prohibición de la múltiple persecución penal por un mismo hecho funciona como un escudo frente a situaciones como la de autos en la que, al encontrarse los juzgadores ante la imposibilidad de condenar con la plataforma fáctica que arrojó la producción de prueba que –en función de la exclusión probatoria propiciada por la parte en los alegatos- obligaría a excluir del material probatorio la totalidad de la prueba incriminante, los juzgadores encuentran otra oportunidad en otra jurisdicción para sortear este escollo.

Señala que se viola la mentada garantía cuando, culminado el juicio, se ordena la iniciación de un nuevo proceso por un delito no juzgado pero afianzado en un hecho conocido desde un comienzo.

En definitiva, en el entendimiento que la decisión cuestionada genera un perjuicio para el imputado que deberá afrontar un nuevo proceso, solicita se revoque la resolución en cuanto a que el Tribunal a quo se declaró incompetente en relación al hecho contra la seguridad pública y, teniendo en cuenta la solicitud de exclusión probatoria formulada al alegar (art. 211 del C.P.P.), se arribe a la absolución de Dutra (art. 448 inc. 1ro y 461 del C.P.P.)

b) 1- En segundo término, la defensa se agravia ante lo que entiende ha importado una arbitraria valoración de los elementos de prueba en orden a la acreditación de los hechos y a la atribución de responsabilidad en grado de coautor a Dutra en el desapoderamiento.

En cuanto al establecimiento de la materialidad ilícita, alega que tanto la narración de los hechos como el razonamiento de la sentencia se encuentran plagados de afirmaciones carentes de sustento probatorio y

aparecen como fruto de meras conjeturas reñidas con el sistema de las libres convicciones. En concreto, cuestiona la forma “jalonada y parcial” con que fueron valorados los dichos de Dutra, habiéndose extractado arbitrariamente algunas partes de los mismos a efectos de dar sustento a lo que –en opinión de la impugnante- es una imaginaria reconstrucción de los hechos en la sentencia.

En lo atinente a los fundamentos del fallo para establecer la coautoría de Dutra en los hechos, aduce que no fueron tenidas en cuenta las explicaciones brindadas por el nombrado al declarar en los términos del art. 308 del C.P.P. Dice que, en dicha oportunidad, su asistido contó que se encontraba desempeñando como remisero, se le encargó un viaje, lo realizó y, luego de que sus pasajeros bajaron del vehículo en la zona de Villa Madero, se escucharon detonaciones de arma de fuego, regresando raudamente los sujetos al automotor quienes lo amenazaron para llevarlos de regreso a la Capital Federal.

Asimismo, destaca que las conductas que el sentenciante valoró como indicadoras de culpabilidad (quitar el distintivo del vehículo que lo relacionaba con la agencia que prestaba servicios, no denunciar el hecho ni aportar datos de los menores), habrían tenido fundamento en el temor de su asistido por conocer la peligrosidad de las personas involucradas.

En cuanto al otro indicio de culpabilidad meritado por el tribunal de juicio relativo al contexto de fuga evidenciado por Dutra al momento de su detención en CABA en virtud de los elementos secuestrados en su poder (ropa, comida, alimentos no perecederos), en primer término, cuestiona que el sentenciante haya eludido el planteo de exclusión probatoria de la diligencia que culminó con el secuestro de esos objetos a través la declaración de incompetencia, no obstante lo cual ponderó esta probanza; por otro lado, arguye que los enseres incautados no darían cuenta de una situación de fuga sino de la compra de productos para el consumo diario; y, en tercer lugar, refiere que la diligencia en cuestión no se habría llevado a cabo al día siguiente del hecho como surge de la sentencia.

Por otro lado, discrepa con el criterio valorativo del a quo en la valoración de ciertos testimonios, toda vez que, por un lado, sólo se marcó una contradicción entre ambas declaraciones de Dutra, (la que –según su juicio- pudo haberse debido al paso del tiempo) y, por el otro, se descreyó del testigo Monzón por sobre los dichos de la inexperimentada recepcionista de la remisería quien refirió haber trabajado allí por algunos días solamente y, quien contaba al momento del juicio tan solo 17 años.

Considera, contrariamente a lo sostenido por el tribunal de grado, que no se han acreditado los extremos de una coautoría funcional en cabeza de su asistido, no habiendo logra demostrar la sentencia que el desapoderamiento haya tenido lugar merced a una decisión común (plan sceleris) con división de roles, ya que –agrega- no puede hablarse de la realización de actos típicos que tiendan al resultado por parte Dutra.

b) 2- De manera subsidiaria, postula la configuración de un supuesto de participación secundaria en los términos del art. 46 del C.P., en el entendimiento de que, si se suprimiera el supuesto aporte Dutra al hecho en trato, no se hubiera modificado la realidad fáctica.

c) También subsidiariamente, plantea la aplicación de lo normado por el art. 47 del C.P., bajo el criterio de que Dutra habría aceptado participar en el robo, importando el desenlace mortal un exceso del plan que no puede serle reprochado, sino que fue una acción desplegada unilateralmente por uno de los menores que ingresó a la casa (“D.”) que –a su entender- debió haberse subsumido dentro de los límites típicos del homicidio criminis causae del art. 80 inc. 7°, C.P. En tal sentido, efectúa una serie de disquisiciones dogmáticas con plurales citas jurisprudenciales en torno a las diferentes notas típicas de los delitos previstos y reprimidos por los arts. 165 y 80 inc. 7° del C.P.

Bajo dicha hermenéutica, propicia la condena de Dutra como coautor del delito de robo agravado por el uso de armas (en los términos del art. 166 inciso segundo y art. 47 del C.P.)

d) En otro andarivel, cuestiona el proceso de mensuración de la pena llevado a cabo por el a quo particularmente en cuanto a la estimación como agravantes de la nocturnidad (no se habría acreditado que fue intencionalmente a los fines de facilitar la comisión del hecho) y la pluralidad de intervinientes (no surgiría que haya sido determinante en el suceso investigado o que haya sido buscada, ello sumado a la existencia de pluralidad de víctimas).

e) Reitera el planteo de inaplicabilidad de la agravante genérica del art. 41 bis del C.P. en los delitos de homicidio y postula la inconstitucionalidad de la norma. Asimismo, insiste con la desaplicación de la agravante del art. 41 quáter del C.P. por entender que las constancias valoradas no sirven “per se” para justificar la predeterminación del sujeto mayor de edad respecto del menor, ello sumado a la presunta ignorancia de Dutra sobre las edades de los consortes.

Solicita se haga lugar al recurso y deja expresamente planteada reserva del caso federal (art. 14, ley 48).

II. A su turno, tomó intervención el Señor Defensor Adjunto de Casación, Dr. José María Hernández quien mantuvo en todos sus términos el recurso traído por su par de la instancia peticionando en igual sentido.

III. Por su parte, la Sra. Fiscal Adjunta de Casación, Dra. Alejandra Marcela Moretti, quien postuló el íntegro rechazo del recurso incoado por la defensa oficial.

Con respecto a las críticas en torno a la decisión del a quo sobre la competencia del ilícito cometido contra la seguridad pública, sostuvo la inadmisibilidad del planteo porque aquello no resulta cuestionable ante esta sede casatoria desde que no configura ninguno de los supuestos previstos en el art. 450 del C.P.P., constituyendo un reenvío de una causa por cuestiones de competencia territorial. Sin perjuicio de ello, también propició la improcedencia del agravio por cuanto las cuestiones de jurisdicción y competencia son de orden público e improrrogables (art. 15 del C.P.P.B.A.), y garantizan el derecho fundamental del Juez Natural.

En segundo lugar, propugnó el rechazo de la pretensión absolutoria fundada en la alegada inexistencia de una coautoría funcional, así como del planteo subsidiario de que el accionar de Dutra debió valorarse como el de un partícipe secundario. Al respecto, dijo que se trata de una reedición de los cuestionamientos efectuados en la instancia anterior y que se encuentran desentendidos de los fundamentos brindados en el fallo impugnado. Sin perjuicio de ello, efectuó su propia interpretación de la prueba y compartió los fundamentos que edificaron el temperamento condenatorio adoptado por el Tribunal de grado.

También discrepó con la hipótesis alternativa de la recurrente en cuanto a la aplicación del art. 47 del C.P. en función de que Dutra habría aceptado participar del robo mas no del homicidio, desde que –a su entender- quedó debidamente acreditado que el mismo, junto con tres masculinos, concurrió a efectuar un despojo con el empleo de armas de fuego y durante el desarrollo del mismo uno de ellos disparó contra la humanidad de una de las víctimas ocasionándole su deceso. Sobre el punto añadió que resulta razonable pensar que dirigirse a un domicilio a perpetrar un robo munido con armas de fuego, importa cuanto menos su exhibición a modo intimidatorio y, eventualmente, su utilización en perjuicio de quien pretendiera neutralizar la acción; ello como parte de un plan asumido en común.

Por último, propició el rechazo de los cuestionamientos a la aplicación de las agravantes nocturnidad y pluralidad de intervinientes.

IV. Adelanto que los agravios traídos no habrán de prosperar, aunque propondré la casación parcial del fallo en cuanto al proceso de individualización de la pena llevado a cabo por el *a quo*.

En primer término, observo que no merece reparos el temperamento adoptado por el Tribunal de grado al dar respuesta a la cuestión preliminar planteada en el veredicto, resultando ajustada a derecho la declinatoria de su competencia para entender en el “Hecho 2” en función de su

incuestionado acaecimiento en el barrio porteño de Mataderos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Recordemos que, en rigor, el planteo defensorista no giró en torno a la razonabilidad de la decisión sino, más bien, en función de lo “desatinada” de la misma al haber sido adoptada luego de llevado a cabo el juicio y de establecida, entre otras cosas, la acusación de la Fiscalía.

En línea con lo sostenido sobre el punto por la Dra. Moretti en la mejora, corresponde destacar que, tratándose las reglas sobre la competencia de una cuestión de orden público e indisponible por las partes y siendo la jurisdicción improrrogable, puede el juez o tribunal de Alzada declarar la falta de jurisdicción o la incompetencia en cualquier estado de trámite.

Tiene dicho invariablemente la Suprema Corte de Justicia bonaerense que *“La forma o manera de determinar y fijar la competencia o la capacidad del juez para conocer de un determinado litigio, es materia de fundamental importancia para la correcta instrucción y decisión y tiene raíces constitucionales (art. 18 de la Constitución Nacional; 10 y 15 de la Constitución de la Provincia). La competencia importa una distribución de la actividad jurisdiccional entre los distintos jueces con arreglo a determinados criterios y por lo tanto, es una cuestión de orden público (Morello, Augusto M. y Vallefín, Carlos A. “El Amparo. Régimen procesal”, Librería Editora Platense, La Plata, 2000, pág. 96). Así, la competencia del juez es un presupuesto del proceso que puede ser discutido in limine litis y sobre el cual debe pronunciarse el juez de oficio (arts. 4 y 336 del C.P.C.C.; 8 y 31 ley 12.008 -texto según ley 13.101-) [B-69213 "Consortio Propiedad Edificio Rubli Alsina C/ Municipalidad De General Pueyrredon S/ Amparo. --Conflicto De Competencia Art. 7º Inc. 1º, Ley 12.008"; Sent. 25/11/2009].*

Así, no hallándose bajo discusión que el “Hecho 2” tuvo lugar en jurisdicción capitalina, no existía otro cauce decisorio que el de la declinatoria de competencia de los magistrados de la justicia provincial.

Por otro lado, no obsta *“la múltiple persecución penal de una misma persona por un mismo hecho, cuando la primera persecución, o una de ellas, no haya podido arribar a una decisión de mérito o no haya podido examinar la imputación (el 'mismo hecho') objeto de ambos procesos, desde todos los puntos de vista jurídico-penales que merece, debido a 'obstáculos jurídicos', es decir, cuando el escollo no finca en que 'el tribunal o el acusador, por error, no agotaron aquello que pudieron agotar, según reglas jurídicas', sino, precisamente, en el supuesto inverso, que se da cuando “una regla jurídica impide agotar el caso porque inhibe la sentencia de mérito o bien porque impide 'unificar procesalmente la pretensión punitiva" (cfr., MAIER, Julio B. J., DPP, t. I, 2ª ed., pp. 623/631).*

Concretamente, existen casos, como el que nos ocupa, en que la "falta de jurisdicción o competencia, en un sentido amplio, significa la imposibilidad del juez de la primer sentencia para extender su conocimiento y su fallo a aspectos jurídicos que le están vedados por la existencia de un obstáculo procesal, la falta de instancia o de persecución penal por la persona legitimada, la falta de competencia en sentido estricto o la necesidad de seguir un procedimiento especial, incompatible con el que se sigue por la otra infracción: en definitiva, todo se traduce en una carencia de facultades para agotar todos los aspectos penales que el caso tiene o sugiere" (cfr., MAIER, ibídem).

Turno de abordar los cuestionamientos traídos por la recurrente en orden al proceso de apreciación de las pruebas llevado a cabo por el *a quo* para tener por demostrados los extremos de la imputación.

Adelanto que, luego de haber efectuado el máximo esfuerzo de revisión posible en la tarea de fiscalización del fallo condenatorio, no advierto en el mismo defecto invalidante alguno.

Contrariamente al planteo de arbitrariedad de la sentencia esgrimido por la Dra. Gaggero, observo que mis colegas de la instancia, expresaron su convicción sincera sobre la prueba de cargo que fundó el temperamento condenatorio adoptado. Así, surge del examen de las cuestiones de la

sentencia la observancia por parte del Tribunal de las reglas legales atinentes a la formación de la convicción jurisdiccional y la racionalidad de su justificación al arribar a su conclusión.

Recordemos que, al igual que en sus alegatos expuestos en el debate, la defensa propugnó la absolución de Dutra en función de la escasez probatoria para arribar a un veredicto de condena, reiterando su hipótesis de que el nombrado no formaba parte del grupo perpetrador, sino que sólo había realizado un viaje encomendado con su auto en el marco de su trabajo como remisero.

El Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial La Matanza tuvo por acreditado que *“...el día 9 de marzo del año 2020, siendo aproximadamente las 22 horas, al menos cuatro sujetos del sexo masculinos (tres de ellos, menores de edad), que se movilizaban a bordo del vehículo marca Chevrolet, modelo Agile de color negro, dominio JJP-094, manejado por el Alejandro Sebastián Dutra, detuvieron su marcha sobre la calle Paunero casi esquina Boulogne Sur Mer, de la localidad de Villa Madero, partido de La Matanza, dirigiéndose los tres acompañantes hasta la vivienda de la calle Paunero nro. 78 del mismo medio, donde mediante intimidación con armas de fuego, dos de ellos interceptaron a sus moradores Raúl Ibarra y Mariana Vilardo haciéndolos ingresar a la finca, mientras que el tercero interceptó a dos ocasionales visitantes Daniela Montero, Mauricio Ezequiel Miño y a sus tres hijos menores de edad, cuando intentaban subir a su rodado marca Volkswagen modelo Gol que se hallaba estacionado en la vereda. Así las cosas, el tercer sujeto apuntó con su arma a la Sra. Montero y mediante intimidación intentó apoderarse ilegítimamente de sus pertenencias pero, al advertir que su pareja Mauricio Ezequiel Miño -quien se hallaba parado en la calzada- hizo un ademán, con la mano en su cintura, el malviviente se aproximó al nombrado y apuntándolo con su arma, tras un breve forcejeo, le efectuó una patada tirándolo al piso y se apoderó ilegítimamente del arma reglamentaria que llevaba en su cintura, tipo pistola, calibre 9mm. Marca Bersa Thunder Pro, serie nro. 13F82121. Tras lo cual le*

efectuó tres disparos con la pistola 9 mm que portaba, los cuales impactaron en su humanidad, causándole la muerte. Tras ello, los tres sujetos huyeron a la veloz carrera y abordaron el mismo rodado en el cual habían llegado, retirándose del lugar manejando el acusado Dutra.”

A contramano de lo señalado por el recurrente, observo que esa reconstrucción de los hechos encontró debido respaldo en el material probatorio reunido durante el debate y en el incorporado debidamente al mismo por su lectura. Veamos.

Fueron oídos en el debate, en primer término, los testimonios juramentados de los testigos presenciales y víctimas del hecho, que estuvieron contestes en cuanto al relato de la violenta secuencia vivenciada la noche del 9 de marzo de 2020. Veamos.

Ángela Daniela Montero, viuda de Mauricio Ezequiel Miño, contó en el juicio que cerca de las 22 hs. del día 9 de marzo de de 2020, mientras salía junto al nombrado y sus tres pequeños hijos de la vivienda sita en Paunero 78 de la localidad de Villa Madero y se aprestaban a subir a su auto Volkswagen Gol (estacionado de culata sobre la vereda), advirtió el arribo de tres jóvenes, dos de los cuales interceptaron al dueño de la referida casa, Raúl Ibarra a quien, a punta de pistola, lo hicieron reingresar al interior.

Precisó que el tercer sujeto le apuntaba con un arma de fuego y amenazaba a su marido: "*...Vos quedate quieto...*". En ese contexto –continuó- su esposo intentó sacar su arma reglamentaria, pero el agresor le pegó una patada en las costillas diciéndole "*...¿Qué tenés ahí?...*" para de inmediato, mientras la víctima estaba tendida en el suelo, sustraerle el arma de fuego. Dijo que, pese a sus súplicas, el atacante le disparó con el arma en cuestión a Miño entre tres y cinco veces a la altura de la cintura, tras lo cual se dieron todos velozmente a la fuga para el lado de la calle Boulogne Sur Mer doblando a la derecha, pudiendo escuchar que un auto arranca "*con todo*".

Mariana Vilardo, la otra dueña de la casa, confirmó íntegramente los dichos de Montero y aseguró haber visto por la ventana que dos muchachos

le apuntaban con un arma de fuego a su marido en la cintura y lo hacían reingresar diciéndole "...metete que te quemo...". Recordó que se escondió en su habitación y, mientras lloraba y gritaba, oyó la voz de Daniela que decía "...No, por favor...", para enseguida escuchó tres disparos. Manifestó que los sujetos salieron corriendo y que su esposo vio que había un coche a media cuadra esperándolos sobre la Avenida Boulogne Sur Mer.

Precisamente, en la continuidad del proceso de recepción de la prueba testimonial en el debate, fueron oídos los dichos juramentados del Sr. Raúl Ibarra que –conforme se desprende del veredicto- corroboró lo atestiguado por su cónyuge y, en consecuencia, por Montero. En efecto, dijo que en su huida, los sujetos doblaron a la derecha hacia la calle Boulogne Sur Mer.

Esta circunstancia del raudo escape de los perpetradores hacia esa arteria donde los esperaba un auto, fue corroborada en el juicio por el testimonio de Uriel Edgardo Báez, un vecino de la calle antes mencionada. Contó que, mientras estaba cenando, cerca de las 22 hs., oyó tres o cuatro disparos y el grito de una mujer, por lo que miró por la ventana y vio un auto negro estacionado marca Chevrolet al que ingresaron tres hombres, para de inmediato escapar del lugar en dirección a Crovara. Dijo que un cuarto hombre manejaba el aludido Chevrolet negro al que subieron rápidamente tres, cada uno por una puerta, pudiendo observar que el último en subir lo hizo por la puerta trasera del lado del acompañante y tenía "un arma o algo así" en una mano.

Como podrá advertirse hasta aquí, tanto las personas que presenciaron el violento hecho desde el arribo de los atacantes hasta el desenlace fatal, como un vecino que, a pocos metros, desde su casa, oyó lo que estaba ocurriendo y observó la secuencia de la huida en un auto que los estaba esperando precisamente en la calle mencionada por las víctimas, conforman un cuadro probatorio por demás contundente en cuanto a la acreditación de la materialidad ilícita tal como fuera descrita en el veredicto.

En respaldo de esta conclusión, fueron ponderados los resultados arrojados por las tareas policiales de observación de lo registrado por las cámaras de seguridad ubicadas en la zona, particularmente en lo que hace al recorrido del Chevrolet Agile. Sobre esta cuestión declaró en el juicio la oficial Nadia Farías Segovia quien constató que el aludido Chevrolet negro, entre otras particularidades, contaba con un sticker. Dijo que se observó que tres sujetos descendieron caminando del auto en cuestión, en sentido contrario a como se estacionó el vehículo y en dirección al lugar del hecho.

Expuso que lo se vio después es a los tres varones que volvían corriendo y se subían al mencionado Chevrolet. Explicó que las cámaras registran sonidos también, por lo que se escucharon los gritos de una mujer y tres estruendos.

Contó que, en la continuidad de las tareas de inteligencia con relación al paradero del automóvil en cuestión, pudo establecerse –mediante el anillo digital de Capital Federal- su patente y, a partir de la misma, el nombre de su propietaria y del imputado Dutra como el autorizado para conducirlo. Asimismo, señaló que, analizadas distintas fotografías publicadas en redes sociales, se logró determinar que quien usaba habitualmente dicho rodado era el nombrado Dutra, y que el mentado sticker era de la “Remisería Miguelito” sita en Avenida Eva Perón de CABA.

También participó de estas tareas el Subteniente Gustavo Matías Antequeda. Confirmó en el juicio que efectivamente Alejandro Sebastián Dutra conducía el señalado Chevrolet, que la calcomanía observada en el rodado correspondía al lugar donde trabajaba el nombrado, esto es, “Remisería Miguelito”, resultando la misma un trailer emplazado en la Avenida Eva Perón de Capital Federal.

En igual sentido que sus colegas de la fuerza depuso el Principal Jorge Daniel Cardozo quien explicó, que a raíz de lo registrado por las cámaras del anillo digital, se constató que el aludido Chevrolet Agile negro, entre otras cosas, tenía una calcomanía en el parabrisas y que, al día

siguiente del hecho, las cámaras tomaron al mismo auto desplazándose hacia el barrio Piedrabuena pero sin la referida calco.

El rumbo tomado en su escapatoria por el auto y sobre el que hiciera referencia el Sr. Báez (“rajaron para Crovara”), fue indicado por el Principal Rubén Néstor Sahonero, quien –tras observar los registros fílmicos de las cámaras de seguridad- constató la salida del Chevrolet Agile objeto de investigación desde Boulogne Sur Mer, para luego tomar Crovara y seguir por Necochea donde giró a la derecha hacia Capital Federal. Confirmó que se vio claramente la patente y la calcomanía a la que aludieran los otros deponentes y que parte del trayecto fue realizado a contramano.

Surge del fallo que, encontrándose la policía abocada a colaborar con el esclarecimiento del hecho que se cobrara la vida del oficial Miño, logró dar con el automóvil buscado que era conducido por Dutra. Sobre este procedimiento dieron cuenta en el juicio el Subcomisario Néstor Rodrigo Lepro -Jefe de la Dirección de Robo Organizado de la PFA-, su subordinado, Principal Martín Nicolas Ruiz y el Inspector Maximiliano Aciares. Contaron que, luego de que el sospechado entrara y saliera de una vivienda del Barrio Padre Mugica, lo interceptaron y procedieron a su requisa frente a dos testigos, hallando en el coche: ropa, comida (arroz, latas y otros alimentos no perecederos), viveres y un arma de fuego tipo revólver calibre 38, color negro a la altura del freno de mano y atrás, víveres y ropas.

El testigo de actuación David Feliciano Tejada ratificó las alternativas del procedimiento narradas por los funcionarios policiales y confirmó lo referido en torno a los elementos incautados en el auto.

También declararon en el debate los compañeros de la remisería en la que trabajaba Dutra.

Particular trascendencia convictiva fue asignada a la declaración prestada por la telefonista del local Guillermina Aldana Pacheco Pérez quien confirmó que, al tiempo de los hechos Dutra (a quien también conocía como “APU”) trabajaba en el turno noche en un auto negro. Contó que todos los autos de la remisería tienen el logo adelante y atrás.

Con relación a la noche del suceso juzgado, recordó que el primer viaje de Dutra había sido 23:15 por el barrio (Padre Mugica), el segundo al Mc Donald's de Alberdi, el siguiente a "Jumbo" y no volvió más; en efecto, recordó que el pasajero de ese viaje había llamado por teléfono y debió enviarle otro auto.

Dijo también en su declaración juramentada que, entre medio de los viajes antes referenciados, Dutra quitó del auto el logo de la remisería.

El dueño de la agencia, José Miguel Sotelo contó que, efectivamente, entrega logos a sus choferes para colocarlos en los parabrisas delanteros y traseros de los autos, de manera tal que puedan trabajar en la Villa (Padre Mugica). Confirmó que Dutra trabajaba en el turno noche (de 18 a 4 o 6 A.M.), pero iba "*cuando él quería*".

Dijo haber tomado conocimiento del hecho juzgado en la presente, por el llamado de Monzón, otro remisero que se desempeñaba en el mismo turno que Dutra y que le refirió que la Policía había preguntado por "APU".

Manifestó que intentó en vano comunicarse con Dutra quien no le contestó más el teléfono (ni llamados, ni mensajes de texto).

Por último, destacó el buen desempeño de la joven trabajaba como telefonista ("Tati") quien le informó que Dutra había tenido tres viajes la noche de los hechos y del último (a "Jumbo") nunca regresó.

El nombrado Marcelo Gabriel Monzón también expuso en el debate y recordó haber visto a su compañero Dutra recién cerca de la 1:30 de la madrugada del 10 de marzo. Dijo que el nombrado le contó "*...que había levantado tres o cuatro personas en la puerta de la Remisería que lo llevaron a un destino, que se habían mandado una cagada...*".

Dijo que "Tati", la telefonista, tenía un desempeño "malísimo", ya que a veces anotaba los viajes y a veces no. Agregó que cree haberle dicho a la nombrada que anote el viaje que había salido a San Justo.

Así llegamos a la declaración prestada en el debate por el imputado Alejandro Sebastián Dutra quien dijo que alrededor de las nueve o nueve y media de la noche, había ido a buscar un pasajero al barrio de emergencia,

pero éste no estaba y que, en ese contexto, pasaron tres jóvenes por el lugar y le encomendaron un viaje a los “monoblocks” de La Tablada. Mencionó que le comentaron que iban a cobrar un dinero, por lo que -cuando pasaron por Boulogne Sur Mer- le indicaron que se detuviera y los esperara.

Expuso que, mientras esperaba escuchó tres disparos y gritos. Que, seguidamente volvieron a subirse al auto, advirtiéndolo sin temor que tenían un arma de fuego, que le apuntaron y lo obligaron a regresar al barrio, donde –según contó- le sustrajeron su teléfono y se retiraron.

Además de los “indicios de culpabilidad” advertidos correctamente en el fallo y sobre los que me referiré a continuación, el Tribunal, principalmente en lo que refiere a la secuencia en que Dutra dijo haber tomado el viaje encargado por los tres jóvenes, detectó ciertas inconsistencias entre la versión dada en el juicio y aquella brindada al declarar en los términos del art. 308 del C.P.P., así como en lo que expresó al respecto Monzón en su deposición juramentada. Ciertamente lo disímil de ambas situaciones narradas por Dutra, más que un olvido de ciertos detalles por el paso del tiempo entre una declaración y otra -como pretende mostrarlo la esmerada defensora-, denotan la mendacidad de sus dichos que buscan acomodarse (mediante la descripción de circunstancias bien distintas) a una hipótesis de aceptación fortuita e inocente de un viaje en el marco de su trabajo como remisero.

Entonces, al declarar a tenor del art. 308 del ritual, dijo que el viaje hacia La Tablada (a unas quince cuadras de la agencia) había sido encomendado por los tres jóvenes vía telefónica. También contó en dicha oportunidad que conocía a dos de ellos del barrio como “D.” y “J.”.

Luego, a diferencia de lo dicho en el juicio en cuanto a que el tercero de los sujetos había reingresado al auto cuando éste ya estaba andando y allí emprendieron la huida, señaló en su primera defensa material que, asustado por haber visto dos armas de fuego, se frenó por lo que los sujetos empezaron a decirle "*arrancá, arrancá*" (sic) y lo hicieron salir de golpe.

Como adelantara, habiendo sido fijados los hechos sin absurdo por el tribunal de grado, añado que tampoco habré de acompañar lo postulado por la defensa en cuanto a la determinación de la participación criminal de Dutra en el suceso, en tanto su libre y voluntaria ha sido tenida por acreditada de un modo que no admite censura a partir de la ponderación tanto de la prueba recibida en el juicio como aquella incorporada por lectura y del razonable descarte de la versión brindada por él.

En tal sentido observo que el desarrollo argumentativo llevado a cabo por el tribunal en relación al grado de participación de Dutra, lejos de resultar arbitrario, constituye una inferencia razonable derivada de la forma en que sucedieron los hechos.

Comparto los “indicios de culpabilidad” verificados por los magistrados del tribunal de juicio a partir de una correcta valoración conjunta de los elementos ponderados en el veredicto.

En primer término, el alegado temor de Dutra en virtud del conocimiento acerca de la peligrosidad de los jóvenes que transportaba en su auto y por el cual habría adoptado determinadas conductas, no se desprende de lo volcado en el veredicto al abordar sendas declaraciones del nombrado. En rigor, dijo que se asustó cuando vio las armas de fuego, es decir, una vez consumado el hecho. De ahí que la hipótesis de la recurrente carece de todo respaldo probatorio.

Luego, el traslado del grupo al lugar, la espera en el auto a escasos metros de la casa de Ibarra (a media cuadra, según lo expuesto por Vilardo) y, especialmente, la pertinaz huida del lugar es un claro indicio demostrativo de su participación voluntaria en el plan criminal. Repárese en que de haber ignorado la real intención de los circunstanciales pasajeros (de presunta peligrosidad conocida por Dutra, según su defensa), habiendo oído disparos y gritos mientras éstos iban “a cobrar una plata”, lejos de escapar por su cuenta del lugar o adoptar cualquier otra postura, esperó que reingresaran al auto (dos con el auto detenido y el tercero, arma de fuego en mano, mientras

el rodado ya estaba en movimiento) y emprendió raudamente la huida en dirección al barrio del que provenían.

Sumado a estos contundentes indicios, los sentenciantes tuvieron en consideración las particulares circunstancias de la jornada laboral de Dutra la noche del evento y sobre la que se explayara en el juicio la telefonista Guillermina Aldana Pacheco Pérez, quien señaló que después del tercer viaje a “Jumbo” no volvió más, recordando que el pasajero llamó por teléfono y le mandó otro auto. La testigo dijo que, entre los viajes, Dutra quitó la calcomanía de la agencia, circunstancia que se explica razonablemente, a la luz del material conjuntamente valorado, en función de la deliberada intervención del nombrado en el hecho ilícito. Este detalle señalado por la testigo, se compatibiliza con lo declarado por el oficial Cardozo en cuanto a que, al día siguiente del hecho, las cámaras de seguridad registraron al auto de Dutra circulando sin el adhesivo identificador en cuestión.

En cuanto a la percepción por parte de mis colegas de la instancia de los testimonios recibidos en la oralidad, sostuvieron: *“...todos los testigos a excepción de Monzón, que miraba hacia abajo, respondieron con fulminante inmediatez, a sus interrogatorios, declararon de manera fluida, clara, ricas en detalles, coincidentes en lo gestual, actitudinal y conductual. Por lo cual son creíbles y merecen fe...”*

Pero además de esa cuestión subjetiva , los sentenciantes señalaron que, además de que los testimonios se armonizan entre sí, resultaron compatibles con los indicios de culpabilidad verificados a partir de las conductas desplegadas por Dutra antes, durante y después del evento.

Cabe recordar aquí que el principio de inmediación entre el juzgador y la prueba en el debate oral, que cobra mayor trascendencia en el caso de las declaraciones que se producen en la audiencia, impide en la instancia casatoria conmovir el valor suasorio asignado por el órgano ante quien se produjeron tales deposiciones, cuando –como en el caso- se explicitan válidas razones para conferirles entidad probatoria.

En otro andarivel, en orden a las disconformidades planteadas por la Dra. Gaggiaro con respecto a la entidad probatoria asignada por los sentenciantes al testimonio de Pacheco Pérez por sobre el del amigo de Dutra, Monzón, debo señalar que el vicio de absurdo no se consuma porque el juzgador prefiera o atribuya trascendencia a un medio probatorio respecto de otro o se incline por la verosimilitud de alguna prueba en particular en desmedro de otra, sino que se debe evidenciar el error grave, grosero, manifiesto y fundamental que conduzca a conclusiones inconciliables con las constancias objetivas de la causa, lo que en la especie, a mi juicio no ha ocurrido, resultando la insuficiencia del recurso, en el aspecto de que se trata, si sólo se expresa cómo hubiera valorado el recurrente los elementos que cuestiona, manifestando su criterio personal discrepante con el de los sentenciantes.

Agrego sobre el punto que la relativización del testimonio de Pacheco en función de su corta experiencia y su presunto mal desempeño en su puesto (descartado por su empleador en el debate), carecen de toda entidad para descreer de sus dichos; ello frente al testimonio de Monzón que, además de no ser contundente (dijo que creía recordar haberle dicho a "Tati" que registrara tal viaje), brindó una tercera versión con respecto a cómo se encargó Dutra del viaje que trasladó a los tres jóvenes (refirió que salió con ellos desde la agencia).

Así las cosas, frente a la contundencia de la prueba de cargo es razonable que los sentenciantes no hayan asignado ninguna credibilidad a la solitaria versión del imputado. Es que –insisto- la actitud asumida por Dutra en forma concomitante y posterior al hecho, válidamente permitió al *a quo* descartar la versión exculpatoria del nombrado en cuanto alegó haber sido obligado a colaborar con los asaltantes conduciendo su vehículo, en tanto, por el contrario, la prueba reunida denota que tuvo una activa participación y el codominio del hecho cometido en el marco de una coautoría funcional.

La valoración probatoria cumple con las exigencias legales, sin que la defensa haya controvertido mediante sus agravios ninguna de las premisas

que fundan la certeza sobre la culpabilidad de Dutra, ni se ha introducido duda respecto de su intervención dolosa en el hecho objeto de proceso. Es que, en esencia, las críticas de la recurrente constituyen meras discrepancias con las pruebas valoradas, pero no alcanzan a demostrar que en su ponderación se haya incurrido en absurdo o arbitrariedad.

Como correlato de lo que vengo sosteniendo, no es atendible la pretensión de que se asigne al imputado un grado de participación menor, toda vez que ha quedado demostrada claramente la configuración de un caso de coautoría funcional, en la que los distintos autores asumieron diversos roles prefijados en aras del éxito de una empresa delictiva común. En efecto, Dutra se encargó de trasladar a los sujetos que efectivamente llevaron a cabo el ataque, esperándolos a escasos metros del lugar del hecho y emprendiendo la huida conjunta, a partir de lo cual lograron evitar ser aprehendidos (de hecho, al tiempo de celebrado el debate en esta causa, los menores continuaban prófugos).

Justamente, uno de los requisitos de la coautoría funcional resulta ser que los intervinientes en la ejecución del hecho actúen conforme a un plan común, según el cual cada uno realice un aporte objetivo consistente en la realización de un elemento del tipo, con dominio funcional del hecho y plena responsabilidad personal.

Así las cosas, aún cuando ninguno lograra efectuar la totalidad de los aportes causales que requiera la figura delictiva que se le puedan atribuir las contribuciones de los demás intervinientes como si fueran propias pues ella resulta el fundamento de la imputación de cualquier contribución causal a la ejecución del hecho efectuada en el marco del acuerdo.

En este punto, es dable señalar que no aparece como probable que Dutra advirtiera recién al momento de reingresar al auto sus compañeros (que supuestamente habían ido al lugar a cobrar una plata) portaban armas de fuego. Coincidió con los argumentos aquí esgrimidos por mis colegas de la instancia para desestimar la calificación más gravosa postulada por la Fiscal de juicio (art. 80. inc. 7°, C.P.) y encuadrar la conducta de Dutra

dentro de los límites típicos del art. 165 del C.P., ello a partir de “...la probada planificación para el apoderamiento, aún considerando la asunción eventual de un homicidio en razón del arma de fuego a utilizarse...”

En lo que atañe a la reeditada pretensión de la defensa de que se desapliquen las agravantes genéricas de los arts. 41 bis y 41 quáter, comparto lo expresado al respecto por el *a quo*.

Coincido, decía, con el criterio sustentado por el Tribunal a quo en cuanto sostiene que la figura del art. 165 C.P. admite la agravación por el empleo de un arma de fuego, en los términos del art. 41 bis CP, pues se trata de una figura autónoma que no contiene como elemento constitutivo o calificante la utilización de un arma de fuego para ejercer violencia física contra las personas, por lo que no rige la regla de exclusión del segundo párrafo de la norma que contiene la agravante.

En efecto, el art. 165 únicamente alude a un "robo" sin referencia a ningún tipo de arma. Por tanto, el agravio que pretende la obliteración de la agravante genérica no puede progresar.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que más allá de las discusiones que otrora se generaron sobre el tema, hoy en día existe una consolidada doctrina de la SCJBA en el sentido contrario al que propicia la Dra. Gaggiano.

En efecto, el Superior Tribunal Provincial ha dicho que: “...la figura compleja del art. 165 no contempla como parte constitutiva o calificante de su estructura típica a la violencia o intimidación en las personas conformadas por el uso de armas de fuego [...] Entonces, conforme lo dicho hasta ahora, no se observa que el elemento ‘arma de fuego’ se encuentre absorbido por la figura ‘robo con resultado homicidio’. Y prueba de ello es que un robo con resultado homicidio puede ocurrir sin armas de por medio. De ahí que pueda concluirse que ambas figuras son independientes en cuanto a sus elementos configurativos, no obstante el modo en el que concurran.” (del voto de la doctora Kogan, SCBA, causa P. 111.421, "Roldán, Jorge Armando, -Fiscal Adjunto del Tribunal de Casación-. Recurso

extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa nº 35.203 seguida a Eiroa, Javier Leandro. Tribunal de Casación Penal, Sala I" y acumulada P. 111.887, "Eiroa, Javier Leandro. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa nº 35.203. Tribunal de Casación Penal, Sala I", del 18 de junio de 2014).

Esta doctrina, ha sido ratificada en causa P. 110.620, en la que se explicó que: *"...el art. 165 hace referencia al tipo básico del robo pues alude a 'con motivo u ocasión del robo' y no 'de un' robo, remitiendo así desde una interpretación gramatical, a la acción base descrita en el art. 164 del Código Penal, sin relevar más elementos típicos que los allí estipulados. Son las notas comunes del 'robo simple' las contempladas en el art. 165, que por la comisión de un homicidio lo 'agravan', del mismo modo que se agrava la punibilidad cuando se producen lesiones graves o gravísimas; o incluso de manera análoga a como lo hacen otras figuras calificadas (que aunque no 'complejas' como las mencionadas son dependientes del tipo básico) receptadas en los arts. 166 y 167, cuando el 'robo' es cometido mediante la utilización de un arma blanca, de un arma inapta o de utilería (conf. reforma de la ley 25.882), en banda, en despoblado, con perforación o fractura de pared, etc. Por ello no es posible tener por 'absorbido' al robo agravado por el uso de arma (art. 166 inc. 2º, texto anterior a la reforma de la ley 25.882) dentro de la figura del art. 165, como tampoco es posible hacerlo respecto de las restantes calificantes. Prueba de ello es que un robo con resultado homicidio puede ocurrir sin armas de por medio. De ahí que pueda concluirse que el art. 166 es independiente del art. 165, no obstante el modo en el que puedan concurrir en un caso concreto. Conforme lo dicho, si el robo con resultado homicidio se produce con armas de fuego, nada obsta a la aplicación del art. 41 bis."* (del voto de la doctora Kogan, SCBA, causa P. 110.620, "Altuve, Carlos Arturo -Fiscal de Casación-. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en causa nº 26.708 seguida a Gamarra Aristiqui, Gregorio Ramón. Tribunal de Casación -Sala II-", sentencia del 16 de julio de 2014).

Esa doctrina ha sido sostenida invariablemente en numerosos precedentes hasta el presente; véase, por todas, causa P 129187, sentencia del 27 de febrero de 2019 en la que se sostuvo "*...Es procedente la aplicación de la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal al delito de homicidio en ocasión de robo, pues el ilícito descrito en tal figura no contempla como parte constitutiva o calificante de su estructura típica a la violencia o intimidación en las personas conformadas por el uso de arma de fuego. Ambas figuras son independientes en cuanto a sus elementos configurativos. El elemento arma de fuego no se encuentra relevado en el art. 165...*".

Sentando ello, tampoco puede prosperar la pretendida declaración de inconstitucionalidad de la norma en trato.

No debe desconocerse que dicha sanción debe tenerse como una decisión de "última ratio", en virtud de la presunción de validez de la cual gozan en principio las normas sancionadas y promulgadas por los órganos competentes en cumplimiento de los procedimientos previstos para ello, y la gravedad que como remedio reviste dentro del funcionamiento del sistema de pesos y contrapesos en una correcta forma republicana de gobierno.

Entonces, la parte que la pretenda debe efectuar un análisis exhaustivo del caso concreto, explicando circunstanciadamente la parte de la norma que reputa violada así como los efectos que en el caso concreto su aplicación ocasiona, la incompatibilidad de la regla que cuestiona con la norma con jerarquía constitucional en juego, deviniendo inatendible todo planteo que, como el que aquí se trata, se limite a citar normas y principios de raigambre constitucional pero cuyo análisis se refiera simplemente a formulaciones dogmáticas genéricas y ajenas al caso concreto.

Como adelantara, también fue correctamente aplicada en el caso la agravante genérica prevista por el art. 41 quáter del C.P. en función de la incuestionada intervención de menores de edad en el hecho.

Más allá de las críticas que se hagan a la aplicación sistemática de la norma contenida en el art. 41 quáter del CP y de las consideraciones

dogmáticas que se derivan de las particulares circunstancias del hecho en determinados casos concretos, el sistema adoptado se limita a una agravación del mínimo y el máximo de la escala penal de que se trate cuando el delito se hubiese cometido con “intervención de un menor de 18 años de edad”.

Siguiendo ese criterio rector, el 9 de abril de 2014, la Suprema Corte de Justicia determinó los alcances que debe otorgarse a la previsión del art. 41 quater del C.P. (causa P. 111.446 y su acumulada P. 111.944). Así, el Alto Tribunal interpretó que el legislador privilegió un criterio amplio frente a otras fórmulas más restrictivas “... *primó como fórmula abarcativa de todas las expresiones en danza la del hecho cometido "con la intervención de menores", por sobre la de "utilización de menores", "servirse o valerse de menores", que por definición comprenden el "aprovechamiento". Con quedar también esas conductas comprendidas en la agravante no parecen ser las únicas que le dan sentido...*”.

En el fallo reseñado, la Suprema Corte destacó “... *que la “intervención” del menor a la que alude el precepto es aquella con significado jurídico, penalmente relevante, lo cual se da cuando éste interviene en el hecho en el cual participa el mayor a través de algunas de las formas de autoría o participación previstas en el sistema penal (arts. 45 y 46 del C.P)...*”.

En consecuencia, si bien la agravante genérica en trato ha suscitado discusiones en torno a su alcance, el criterio fijado por la SCJBA ha venido a zanjarlas en el sentido que la ley no exige acreditar el aprovechamiento ni utilización del menor a los fines de descargar responsabilidad en él. Sólo se requiere la intervención de un menor de 18 años a través de alguna de las formas de autoría o participación de los arts. 45 y 46 C.P

En el caso de autos, ese tipo de intervención de los menores se encuentra acreditado y no viene discutido, siendo que tampoco hay dudas del conocimiento de Dutra de esa condición (de hecho dijo que uno de ellos tenía unos catorce años).

De ese modo se ha verificado tanto el requisito legal como el incremento en el desvalor del injusto de los encartados mayores de edad, que amerita, la ampliación de la escala punitiva del delito en concreto prevista por el artículo 41 quáter del Código Penal.

Por último, se impone el abordaje de las críticas esbozadas con respecto al proceso de individualización de la pena desplegado en el fallo en crisis.

Recuérdese que la impugnante solicitó la desaplicación de las agravantes relativas a la nocturnidad y a la pluralidad de intervinientes.

No merece reparos la decisión de meritar la nocturnidad como agravante puesto que cometer los delitos en horas de la noche naturalmente brinda mayores posibilidades de no ser aprehendido, y puede también favorecer la consumación en tanto coloca a la víctima en una situación de mayor indefensión. Obsérvese que, en el caso, los perpetradores pudieron huir del lugar, habiendo sido sólo circunstancialmente vistos en esa secuencia desde el interior de la casa por un vecino que estaba cenando. Vale decir que el hecho tuvo lugar un día laboral (lunes) en horas de la noche, lo que permite suponer el escaso movimiento de gente en una zona residencial.

Se trata de una circunstancia que, objetivamente considerada, favorece la realización del delito, por la menor capacidad de la víctima para defenderse o la de un tercero para evitar la consumación, como brindar al sujeto activo mayores posibilidades de eludir la acción de la justicia, lo cual aumenta el grado de injusto contenido en la conducta e incide en la graduación consecuente de la pena.

Subjetivamente no es necesario que la hora haya sido elegida deliberadamente por los autores, porque dicha exigencia no aparece contenida en ninguna norma ni se requiere para ninguna de las otras circunstancias que junto a la de tiempo se mencionan en el art. 41 inc. 2 del C.P. como pautas para la mensuración de la pena.

El dolo comprende el conocimiento de los elementos del tipo y de las circunstancias que acompañaron su realización. Ese conocimiento es suficiente desde el plano subjetivo sin necesidad alguna de una deliberación previa.

De igual manera ha sido correctamente estimada como severizante de la pena la pluralidad de intervinientes en la perpetración del delito, ello como manifestación singular que los agentes tuvieron en el suceso, que incide sobre la magnitud del injusto y la medida de la culpabilidad del imputado.

Cabe destacar sobre el tópico, que la pluralidad de intervinientes constituye un dato objetivo que autoriza un mayor reproche punitivo por el modo en que se llevó adelante el delito juzgado y, en este caso, por el mayor poder ofensivo de quienes actuaban de acuerdo a un plan delictivo en el que desempeñaron un rol determinado.

Finalmente, no puede prosperar la pretensión incoada en el recurso de que se valore como atenuante la carencia de antecedentes condenatorios, ello en virtud de la extemporaneidad de esta petición.

Tras la lectura del acta de debate y de la tercera cuestión del veredicto, se advierte que esa circunstancia no fue peticionada a la hora de alegar, contingencia que obstaculiza que su pedido sea aceptado en esta instancia recursiva, pues si tal petición no fue formulada oportunamente (al momento de los alegatos) ante el tribunal de juicio para que éste se pronuncie sobre tal pedido, mal puede ahora intentar que se valore aquí.

En otras palabras, no hay decisión del *a quo* cuya motivación pueda ser revisada pues no medió alegación defensiva que la tornara exigible

Ahora bien, por fuera de los agravios traídos, pero dentro del punto del fallo vinculado con la determinación de la pena del que se agravia la recurrente, entiendo que la decisión adolece de un vicio insalvable.

Es que si bien el juzgador no se ha ocupado de señalar cuál resultaba a su criterio la escala penal aplicable, el monto determinado se encuentra

por encima del máximo que resulta de la calificación legal asignada a los hechos.

Veamos.

Alejandro Sebastián Dutra fue considerado coautor penalmente responsable del delito de homicidio en ocasión de robo cuya escala penal, de conformidad con lo normado por el art. 165 del C.P., oscila entre los diez y los veinticinco de años de prisión.

Asimismo, fueron aplicadas con relación a esa figura las agravantes genéricas de los arts. 41 bis y 41 *quáter* del ordenamiento sustantivo, que -por distintas circunstancias- incrementan la escala en un tercio del mínimo y del máximo.

El *a quo*, al dar respuesta a la segunda cuestión de la sentencia, expresó: "...Conforme a las pautas de los artículos 40, 41, 41 bis y 41 *quáter*, del CP, es justo imponer a Alejandro Sebastián Dutra, la pena de treinta y seis años de prisión, accesorias legales y costas."

Sólo mediante la acumulación de cada uno de los tercios agravatorios que prevén esas normas se podría llegar a ese monto de pena, sin embargo no comparto esa forma de proceder.

Al instituir una escala penal más gravosa para los supuestos en que medien las circunstancias aludidas en los arts. 41 bis y *quater* del CP, la ley traslada tales circunstancias al nivel típico, como elementos objetivos, operando entonces como calificantes genéricas que incorporan a la ley de fondo figuras agravadas respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades. Se trata de normas que proyectan sus efectos a una pluralidad de figuras delictivas previstas en la parte especial del código.

En el caso, ambas agravantes genéricas se relacionan con una única conducta humana, encuadrable en la figura penal del art. 165 del CP, sin que ninguna de ellas reclame exclusividad o desplace a la otra. Se genera entonces un concurso ideal entre un homicidio en ocasión de robo agravado

por el uso de arma de fuego (art. 165 y 41bis del CP) y un homicidio en ocasión de robo agravado por la intervención de menores de dieciocho años de edad (art. 165 y 41 quater del C.P.). Y en estos casos la ley penal vigente recurre al principio de absorción para determinar cuál será la escala penal aplicable (art. 54 del CP), contemplando la aplicación de sólo una de las escalas de las figura que concurren (la mayor), y cuando el concurso ideal es entre delitos de igual pena no hay razones para abandonar ese principio y, respetando la prohibición de acumulación punitiva para el caso de ese tipo de concurso, deberá aplicarse sólo una de las escalas penales en juego.

Las agravantes en juego relevan dos circunstancias diferentes que agravan una única conducta típica, por lo que la manera de vincularlas es a través del art. 54 del CP que dispone aplicar en estos casos sólo la pena mayor, lo que deriva, en este caso, en el aumento de sólo un tercio del mínimo y del máximo, debiendo ponderarse la concurrencia de esa doble agravación recién para la individualización judicial de la pena, en el marco de los arts. 40 y 41 del CP.

Entonces, en función de la hermenéutica postulada y del juego armónico de los arts. 41 bis, 41 quáter, 54 y 165, todos del Código Penal, la escala penal dentro de la cual corresponderá calibrar la respuesta punitiva en el caso que nos ocupa tiene como mínimo la pena de 13 años y 4 meses de prisión y, como máximo, la pena de 33 años y 4 meses de prisión, mientras que aquella agravante genérica que no ingresa en el proceso aumentativo de la escala podrá ser computada como una circunstancia severizante en los términos de los artículos 40 y 41 del C.P.

En definitiva, habiendo sido impuesto por el sentenciante un *quantum* punitivo que excede el tope máximo de la escala penal que resulta aplicable en el caso concreto, se impone la casación del fallo en ese aspecto y el reenvío a la instancia de origen para que, debidamente integrada, se determine la pena que corresponde imponer Dutra, conforme los lineamientos expuestos en la presente.

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo casar parcialmente la sentencia recurrida en punto al proceso de mensuración de la pena, reenviar los actuados a la instancia de origen para que, de conformidad con los lineamientos aquí trazados, fije una nueva pena con respecto a Sebastián Alejandro Dutra, y rechazar el recurso con relación a los restantes motivos de agravio, sin costas en esta instancia.

Arts. 18 de la Constitución nacional; 40, 41, 41 bis, 41 quáter, 54, y 165 del Código Penal; 1, 15, 106, 209, 210, 373, 434, 448, 530, 531 y cctes. del Código Procesal Penal.

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Natiello** dijo:

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

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por todo lo expuesto la Sala V del Tribunal de Casación Penal

R E S U E L V E

I. Declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto.

II. Casar parcialmente la sentencia recurrida en punto al proceso de mensuración de la pena, **reenviar** los actuados a la instancia de origen para que, de conformidad con los lineamientos aquí trazados, fije una nueva pena con respecto a Sebastián Alejandro Dutra, y **rechazar** el recurso en todo cuanto fuera materia de agravio; sin costas.

Arts. 18 de la Constitución nacional; 40, 41, 41 bis, 41 quáter, 54, y 165 del Código Penal 1, 15, 106, 209, 210, 373, 421, 434, 448, 450, 451, 454 inc. 1º, 530, 531 y cctes. del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

JM

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 04/08/2022 11:02:07 - NATIELLO Carlos Angel
(cnatiello@jusbuenosaires.gov.ar) - JUEZ

Funcionario Firmante: 04/08/2022 11:27:55 - BUDIÑO María Florencia -
JUEZ

Funcionario Firmante: 04/08/2022 13:06:38 - ESPADA Maria Andrea -
SECRETARIO DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL



242202151002942693

TRIBUNAL DE CASACION PENAL SALA V - LA PLATA

NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS

Registrado en REGISTRO DE SENTENCIAS el 04/08/2022 13:09:37 hs.
bajo el número RS-882-2022 por ESPADA MARIA ANDREA.