

IPP 10413/I

Número de Orden:27

Libro de Sentencias n°6

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los **trece días del mes de Julio del año dos mil doce**, reunidos en su Sala de Acuerdos los señores Jueces de la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal -Sala I- del Departamento Judicial Bahía Blanca, doctores **Gustavo Ángel Barbieri, Pablo Hernán Soumoulou y Guillermo Alberto Giambelluca**, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en la **I.P.P. nro. 10.413/I del registro de este Cuerpo**, caratulada: "**E., I. R.; Q., S. V. s/ robo en grado de tentativa en Bahía Blanca**", y practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de esta Provincia y 41 de la Ley 5.827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden, Dres.: **Barbieri, Soumoulou y Giambelluca**, resolviéndose plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

- 1ra.) ¿Son admisibles los agravios formulados en los recursos de apelación interpuestos?
- 2da.) ¿Resultan procedentes?
- 3era.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar ?

V O T A C I O N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DIJO: El fallo definitivo (luego de la celebración del juicio oral) de fs. 308/314 dictado por el Señor Juez en lo Correccional Nro. 2 Dptal. -Dr. Gabriel Luis Rojas- condenó a I. R. E. y S. V. Q. por la comisión del delito de robo en grado de tentativa (art. 164 del C.P. en relación con el art. 42 del mismo Cuerpo Legal) a sufrir –cada uno de ellos- la pena de UN (1) AÑO Y SEIS (6) MESES de prisión con más las costas del proceso, y –también para ambos- la declaración de reincidencia (art. 50 del C.P.).

El citado decisorio resultó impugnado por los Señores Defensores Particulares; el Dr. Sebastián Martínez lo hizo por el condenado Epulef a fs. 322/326 y el Dr. Juan Manuel Martínez a favor de Q. a fs. 327/331, mediante los pertinentes recursos de apelación; en ambos casos acaeció en debido tiempo.

Asimismo y en cuanto a la forma, contienen ambas presentaciones la indicación de los motivos de agravio y se encuentran debidamente fundamentadas, por ello resulta en todas sus partes admisibles (arts. 399, 401, 421, 422, 439, 2do. párrafo, 441 2do.párrafo -según ley 13.812-, 442, 445 y ccchts. del Código Procesal Penal).

Adelanto desde ahora que los trataré en forma conjunta por resultar idénticas las presentaciones.

Voto por la afirmativa.

A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero, por sus fundamentos, al voto del colega que abre el acuerdo, sufragando en idéntico sentido (art. 371 y ccchts. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

A LA PRIMERA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DIJO: Adhiero, por sus fundamentos al voto del Dr. Barbieri, haciéndolo en el mismo sentido (arts. 371 y ccchts. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ, DOCTOR BARBIERI, DIJO: Los impugnantes plantean diversas cuestiones, todas ellas relacionadas con la valoración de agravantes y el monto punitivo aplicado a ambos condenados.

Es decir que debo manifestar que la materialidad delictiva y la coautoría penalmente responsable, devienen firmes.

El primer planteo efectuado, si bien en forma escueta,

sería la supuesta **carencia de motivación** por no haber fundamentado de qué manera los agravantes valorados compusieron la pena en definitiva impuesta. En ese andarivel refieren la irrazonabilidad de haber impuesto un quantum de pena gravoso.

No compartiré ambas denuncias. Puede advertirse del fallo dictado que el propio Sr. Juez A Quo ha valorado debidamente los agravantes por los que arribara al cuántum de pena que en definitiva mensuró, habiendo referido explícitamente a fs. 312 segundo párrafo que partía de la "teoría del punto de mensuración central".

Es decir con lo que ya voy diciendo, es fácil afirmar que el fallo se encuentra (en lo tocante a la imposición del cuántum punitivo) debidamente motivado y fundado. Digo así pues de todo su análisis puede advertirse qué agravantes ha valorado para llegar a ese monto final y de qué punto de la escala de pena prevista por el legislador nacional partió.

Así citó las condenas anteriores que poseían, sendas reincidencias que les dictaran con anterioridad, el escalamiento previo al robo, el ingresar a una casa habitada y la pluralidad de intervinientes. Entonces podrá discutirse el alcance de los mismos (en los términos de los arts. 40 y 41 del Digesto de las Penas), pero no puede denunciarse la carencia de motivación del resolutorio.

Puedo aseverar que las garantías del derecho de defensa y del justo juicio previo están debidamente a salvo (arts. 18 C.N., 10 y 15 de la Prov., 106, 371, 376 y ccdts. del Rito).

Sabido es que la motivación y fundamentación, justamente, tienden a proteger a los ciudadanos respecto de la obligación de los jueces de motivar sus resoluciones en las pruebas y hechos de la causa y de fundar sus decisiones en normas válidas (en las que los hechos se subsumen). El Tribunal de Casación Provincial ha sostenido "*...La motivación de las decisiones jurisdiccionales configura una garantía esencial del régimen republicano que se alza como una valla*

infranqueable frente a la arbitrariedad, pues permite a las partes, y a todos los miembros del sistema, controlar la actividad jurisdiccional y, en caso de mediar disconformidad con el razonamiento adoptado, cuestionarlas a través de las vías de impugnación brindadas por el ordenamiento procesal. La motivación de las conclusiones de los fallos importa que la sentencia deba contener un análisis descriptivo y demostrativo de los hechos (De La Rúa, La Casación Penal, pág. 125), pues cuando la fundamentación no alcanza a conformar un desarrollo que permita el análisis crítico se hace imposible el control recursivo, vulnerándose el debido proceso..." (T.C.P.B.A., Sala II, LP 4233 RSD-170-2 S 11-4-2002 , Juez CELESIA (SD) CARATULA: D.,E. s/ Recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en causa 12837).

Asimismo se ha expresado "*...La motivación de las sentencias constituye una exigencia constitucional que hace al debido proceso en cuanto permite a las partes y a la sociedad comprender las razones que sustentan la decisión posibilitando a la vez su control por vía de los recursos específicamente previstos..." (T.C.P.B.A., Sala II, L.P. 7511 RSD-433-2 S 16-7-2002 , Juez CELESIA (SD) CARATULA: G.,V. s/ Recurso de casación.) y "...Conforme lo disponen los artículos 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 106 del Código Procesal Penal, las resoluciones judiciales deben ser motivadas, bajo sanción de nulidad, de allí que cuando las decisiones que revisten naturaleza jurisdiccional, carezcan de la debida y adecuada motivación, se encuentran viciadas de arbitrariedad, configurando una clara e inaceptable violación a las reglas del debido proceso..." (T.C.P.B.A., L.P. 14682 RSD-340-5 S 8-9-2005 , Juez MAHIQUES (SD) CARÁTULA: S.,S. s/ Recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en causa 18.608).*

En igual sentido la Suprema Corte de la Provincia ha resuelto: "*...Constituye la garantía de los derechos de las partes la obligación judicial de fundar las sentencias de modo que se perciba claramente el itinerario lógico-jurídico del que deriva la resolución final, porque la deficiencia en tal sentido se erige en obstáculo al*

control de legalidad. La obligatoriedad de la motivación de las sentencias constituye requisito ineludible de validez constitucional..." (S.C.B.A., P. 81.527 S 9-10-2003, CARÁTULA: L.,O. s/ Robo calificado).

Digo entonces que el Dr. Rojas ha fundado debidamente su resolutorio y valoró las agravantes por las que alcanzó el monto de pena impuesto; y esos razonamientos son los que les han permitido a ambos defensores apelar (ut infra se advertirá cómo han podido discutir cada motivo) de allí que la denuncia formulada -en esta parte- sea manifiestamente improcedente.

Se han quejado -también- de ese **punto de partida – central- para la mensuración de la pena** y que no se hubiera iniciado a partir del mínimo legal, lo que consideran una obligación.

Tampoco se puede acompañar esa aseveración y por dos motivos bien distintos.

En principio debo aseverar que la queja en orden al monto de la pena impuesta sólo representa una diferente visión sobre la manera en que debe efectuarse el proceso de determinación judicial, pues si bien los arts. 40 y 41 del Código Penal regulan las circunstancias en base a las que luego debe dosificarse las penas divisibles en razón del tiempo o de la cantidad, lo cierto es que no contiene una regla o sistema que determine el modo en que debe concretarse su cuantificación dentro de las escalas legales.

De allí que el "sistema" del cual se parte puede tener distintas bases dogmáticas, sin embargo sólo podrá atacársele cuando se demuestre su irrazonabilidad o el absurdo en la forma de valoración (ver S.C.B.A. en P. 110.814 de fecha 4/5/011).

En similar sentido podemos leer: *"...La determinación judicial de la pena resulta propia de los jueces de mérito pues la justa transmutación de la cuantía del injusto y de la culpabilidad en magnitudes penales no es susceptible de*

formalizarse en estándares determinados, dada la imposibilidad de transformar los juicios de valor en cantidades numéricas. No obstante ello, ese componente individual utilizado en un ámbito de discrecionalidad jurisdiccional resulta revisable en la instancia casatoria, toda vez que aparece regulado por preceptos normativos que generan la obligación no sólo de fundarlo razonadamente sino de adecuar las valoraciones que conforman el llamado 'marco de la culpabilidad' dentro de los parámetros contenidos en los arts. 40 y 41 del C. Penal. La determinación de la pena, si bien constituye una facultad inherente a los jueces de grado, no sólo admite el control casatorio mediante el absurdo probatorio que se invoca para cuestionar la fijación de los hechos que configuraron circunstancias atenuantes o agravantes, sino también por violación de los arts. 40 y 41 del Código Penal, cuando se incurra en una arbitrariedad manifiesta en la selección del monto sancionatorio o se otorgue una significación errónea a alguna circunstancia agravante o atenuante tomada en cuenta para su cuantificación..." (T.C.P.B.A., Sala II, causa 23.526 de fecha 10/4/08).

Igualmente: "...A ello añadido que si bien es cierto que la determinación de la pena debe ser fundada y no podría aceptarse que se trate de una cuestión inherente a la arbitrariedad de los jueces, siendo conveniente que éstos fijen con claridad cuáles son las circunstancias fácticas y los criterios normativos que tienen en consideración, así como el sentido e incidencia de cada uno de ellos en el caso concreto, no se incurre necesariamente en infracción legal alguna de tenerse en cuenta que a diferencia de lo que sucedía con nuestros antecedentes legislativos -Código Tejedor, Código de 1886, ley 4189 de 1903- y con los diversos proyectos anteriores al año 1917 -Proyectos de 1881, 1891, 1906 y 1916-, que prescribían la imposición de una pena media para aquellos supuestos en los que no concurrían atenuantes ni agravantes, debiendo aumentarse o disminuirse según la presencia de unas u otras; el actual código de fondo no prevé criterio formal alguno en ese sentido, permitiendo al juzgador la elección de la sanción que considere más adecuada y justa para el caso concreto, en la inteligencia de que cada hecho y cada autor son diferentes y presentan

particularidades que difícilmente puedan reducirse a criterios rígidos y estandarizados (causa N° 7797 'C.,B. s/ Recurso de casación' , sentencia del 20-12-2001, registro N° 1014/1)..." (T.C.P.B.A., Sala II de fecha 6/6/06 con votos de los Dres. Celesia y Mancini, en causa N° 16.516).

Nada de ello se advierte en autos.

Pero inclusive aún si se pretendiera **"echar un primer vistazo" a la mensuración** fijada por el Dr. Rojas, vemos que el mínimo penal (según reducción escala de la tentativa fijada por este Cuerpo en IPP 9946/I siguiendo los lineamientos de la S.C.B.A. en causa 56.902 "C.,P. s/ Robo calificado por el empleo de armas en grado de tentativa" del 13-9-2000; causa 52.985, *sent. del 11-VI-1998*; P. 56.902, *sent. del 12-IX-2000*; causa 66.003, *sent. del 28-VIII-2002* y más acá en causa 109.771 "A.,G. s/ Recurso de casación" del 7-9-2011, el cual comparte la Sala III del Tribunal de Casación Penal en fallo 22.495 "S.E. s/ Recurso de casación" del 20-12-2011); sería de 15 días a 4 años de prisión; pues en esa primera mirada y dados los agravantes valorados, la imposición de un año y seis meses no aparece como irrazonable o absurda.

Seguidamente la defensa ataca la **valoración del carácter de reincidentes** (previo al hecho por el que aquí se dicta condena) de los coautores **para agravar la pena** entendiendo que ello viola la garantía que impide el doble juzgamiento. Considero que debe nulificarse esa valoración aunque por motivos distintos de los expuestos por los recurrentes.

Puede advertirse del alegato Fiscal (ver fs. 304 vta. y 305) que se han propuesto la valoración de varios agravantes; sin embargo en ningún momento la Vindicta Pública solicitó la valoración como agravante de la reincidencia. Sólo (en lo que puede parecerse) se refirió a que ambos tenían calidad de "reiterantes". Sabida es la diferencia dogmática entre reincidencia (art. 50 del C.P.) y la reiterancia que podrá dar lugar a un concurso delictivo y en su caso a una unificación (arts. 55 y 58 del

C.P.). Ahora, ante tal diferencia y teniendo en cuenta la clara normativa del art. 371 del Rito según ley 13.260 ello no resultaba procedente. Es que ese artículo en su parte pertinente reza: "... *Las cuestiones relativas a eximentes, atenuantes o agravantes, sólo se plantearán cuando hubieren sido discutidas o el Tribunal las encontrare pertinentes, en este último caso siempre que fueran en favor del imputado...*"; y es evidente que en nuestro caso la valoración no es a favor de los condenados.

De allí que en esta porción -propongo- que se declare la **nulidad de esa valoración, minorando la pena de prisión** impuesta -para cada condenado- en un mes.

Asimismo cuestiona la defensa la valoración de los **antecedentes penales como pauta agravatoria**, entendiendo que al declarárselos reincidentes (en la parte resolutive y en los términos del art. 50 del C.P.), no puede irrogar mayores perjuicios pues se estaría efectuando una violación del non bis in idem. Aquí sí debo postular el rechazo.

El tema traído por los defensores ha tenido (y aún mantiene) sus diferencias en ámbitos doctrinarios como en antecedentes jurisprudenciales; pero habiendo sido resuelto por la Suprema Corte Provincial, y teniendo particularmente en cuenta los fines nomofilácticos que sus pronunciamientos conllevan, máxime desde el momento que resulta ser el Órgano inmediatamente revisor de las decisiones definitivas de esta Cámara en materia correccional, a ese precedente he de remitirme.

Ello sin dejar de destacar que los arts. 40 y 41 del C.P. parecieran permitir esa doble utilización al establecer que podrán meritarse la "reincidencia y demás antecedentes" a los efectos de establecer la cuantía, resultando demostrativa de mayor culpabilidad, por la resistente contumacia a cumplir con las leyes, o dicho de otra manera a violar las prohibiciones que la ley penal tutela en los diversos tipos.

En el fallo de la Corte, refirió el Dr. Genoud (que recibió adhesión de la mayoría): "*...El Tribunal de Casación meritó como circunstancia agravante la condena anterior que registraban los imputados A. y V. , y en función de ella también los declaró reincidentes. Pero ello, como lo afirma el **a quo** (y sin perjuicio de lo que se resuelva más adelante en relación con la declaración de reincidencia decretada respecto de V.), no importa una violación al **non bis in idem** (v. fs. 170/170 vta.). La argüida violación no es tal. La circunstancia de que las consecuencias gravosas a las que alude surjan de la existencia de una condena anterior no implica que por ese sólo hecho constituyan una doble condena o doble imposición de pena, y tampoco se advierte que los diversos efectos de la mencionada situación jurídica de reincidencia aplicados en autos sean incompatibles entre sí pues, mientras en un caso ello ha operado al individualizarse la sanción (art. 41, C.P.), en el otro incidirá en el modo de ejecución de la pena ya impuesta (art. 14, C.P.) (P. 57.387, sent. del 1-XII-1999; P. 60.751, sent. del 31-VIII-1999; P. 95.225, sent. del 13-VI-2007; e.o.). Además, en distintas oportunidades (Fallos 311:451; 311:552 y 248:232) la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció un criterio del cual puede inferirse que no existe el agravio constitucional denunciado pues el principio **non bis in idem** 'no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal' (en referencia al art. 14 del C.P.)..." (S.C.B.A. fallo 98.379 de fecha 23/7/08; en el mismo sentido causa 35.032 de la Sala II del T.C.P.B.A.).*

De allí que esa porción también deba ser desestimada.

Por último atacan los defensores la **valoración de la naturaleza del hecho** por el que se dictara condena. Parto de la base que esos caracteres -en abstracto- resultan parámetros válidos para establecer la cuantía del injusto y la culpabilidad.

En este caso puedo observar que el A Quo ha meritado el **escalamiento previo** de un muro para ingresar a la finca, **la rotura de la puerta de lugar habitado** y la **pluralidad de intervinientes**. Los defensores no discuten el primero de los extremos valorados -escalamiento- por lo que en este t3pico bien podr3a referirse que el **agravio es insuficiente (art. 442 del C.P.P.)**, m3xime desde el momento que el **Dr. Rojas refiere a fs. 311 vta. 3ltimo p3rrafo que a los tres los valora "en conjunto"**.

M3s all3 de lo expuesto, la rotura de la puerta y la pluralidad de intervinientes en su aspecto f3ctico tampoco ha sido discutida.

El primero aparece como procedente teniendo en cuenta que el art. 41 permite merituar la naturaleza de la acci3n y los medios empleados. Aqu3 lo que el Juez de Grado valor3 es que se procedi3 a la **rotura de una puerta de un "lugar habitado"** y ello aparece como v3lido y procedente. No es doble valoraci3n pues la fuerza en las cosas del art. 164 del Digesto de las Penas ha sido individualizado por el Juzgador en t3rminos de los arts. 40 y 41 siendo ello plenamente justificado.

En cuanto a la **pluralidad de intervinientes** tambi3n el art. 41 refiere a la "participaci3n que haya tenido" Adem3s, corresponde aclarar aqu3 que resulta evidente que el delito cometido por plurales agentes revela un il3cito m3s grave que el cometido por un autor 3nico y que tambi3n la pertenencia a un grupo facilita a sus miembros el logro de sus objetivos. Obviamente como el caso que nos toca ha quedado en grado de conato, el delito qued3 "cortado" de all3 que no sea sencillo determinar la incidencia de esa conjunci3n de m3s de un individuo. Sin embargo esa idea de pertenencia y de mayor efectividad de objetivos fundamentan debidamente la agravante.

En dicho sentido se ha resuelto: *"...Pareja con la anterior, se encuentra la circunstancia de la pluralidad de intervinientes, sea que vengam al lugar para hacer lo que hicieron, o que una vez all3 optaran por apoderarse de lo ajeno, ya que en uno y otro supuesto aseguran o proporcionan impunidad, mientras*

aumentan el peligro corrido, ya que no es lo mismo enfrentarse a un ladrón que a varios... " (T.C.P.B.A., Sala III, causas nro.34/58/86 -reg. de presidencia 3687/3727/3730-, caratuladas "Recurso de casación interpuesto por Ministerio Público Fiscal en causa n° 328", "S., S. R. s/ recurso de casación", de fecha 17/4/2001; similar Sala II de fecha 6/6/06 en causa 16.516/II seguida a L. A. P. o L. A. M. el recurso de casación; ver también misma Sala II con otra integración en causa 5118 del 27/12/ 2001 y en causa 9769 de fecha 18/7/06).

Nuestro Máximo Tribunal Provincial en el mismo sentido:

"...Agravia el recurrente, en primer lugar, que se haya computado como agravante la pluralidad de intervinientes, pues -aduce- el comportamiento de los procesados no constituyó 'cierta forma asociada de delinquir'... La queja no puede prosperar porque, aún cuando se tratara de una resolución ocasional -como lo sostiene el recurrente- ello no desplazaría su carácter de índice de mayor peligrosidad (conf. P. 50.898, sent. del 1-III-1994, "Acuerdos y Sentencias", 1994-I-213)..." (S.C.B.A., fecha 12/12/2001, Ac. 60.821; reiterado ello con nueva integración en P. 66.649 de fecha 2/4/2003; P. 101.768 de fecha 21/5/08).

A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU DIJO: Adhiero, por sus fundamentos, al voto emitido en forma precedente, haciéndolo en idéntico sentido (art. 371 y ccdds. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

A LA SEGUNDA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA DIJO: Sobre el presente tópico, habré de decir que me apartaré de lo dispuesto por los colegas preopinantes. Digo ello, pues entiendo que la resolución recurrida debe ser confirmada en todos sus términos, pues aún la porción atingente a la valoración de reincidencia -ya declarada y fundamentada con citas jurisprudenciales por el señor juez a-quo a fs. 313/314 y 310/311 respectivamente-, ha de ser apreciada igual que en la instancia de grado ya que no puede fulminarse con la nulidad, tal valoración como agravante, pues

considero que no se ha visto violado el principio del "non bis in idem", desde que la fiscal a fs. 304vta./305, si bien computó como agravantes -entre otras- la situación de reiterante, es dable apreciar que se solicitó además la declaración de reincidentes a los procesados (fs.305), lo que habilita y lleva ínsito el planteo entonces, a que si son tenidos, y así fue, como reincidentes, dicha circunstancia, entiendo, habilita a lo valorado en primera instancia, y con la sanción allí dispuesta de un año y seis meses de prisión (arts. 40, 41 y 50 del Código Penal y 371 del CPP).

A LA TERCERA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR BARBIERI, DIJO: Teniendo en cuenta el resultado alcanzado al tratar las cuestiones anteriores, corresponde hacer lugar parcialmente *-por mayoría de opiniones-* al recurso interpuesto, revocando la reincidencia valorada como agravante, y disminuir el quántum punitivo de ambos condenados en un mes para cada uno (arts. 530 y 531 del Código Procesal Penal).

Así lo voto.

A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DIJO: Adhiero, por sus fundamentos, al voto del Dr. Barbieri, votando en idéntico sentido (art. 371 y ccdds. del Código Procesal Penal y arts. 168 y 171 de la Constitución Provincial).

A LA MISMA CUESTION, EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DIJO: Que estimo admisible el recurso de apelación deducido, entendiendo que el fallo apelado debe ser confirmado en todos sus términos, conforme lo expuesto en la segunda cuestión.

Con lo que terminó el acuerdo que firman los señores Jueces nombrados.

S E N T E N C I A

Bahía Blanca, 13 de Julio de 2012.-

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto -por mayoría de opiniones-, que es *parcialmente justo el fallo recurrido.*

Por ello este Órgano RESUELVE:

I-) Declarar admisible -por unanimidad- el recurso de apelación interpuesto en todos sus términos (arts. 439, 441, 442 y ccdts. del Rito Provincial).

II-) REVOCAR -por mayoría de opiniones- el quantum punitivo impuesto fijándolo en UN (1) AÑO (5) MESES de prisión para cada uno de los condenados, quedando incólume el resto del pronunciamiento recurrido.

Notificar.

Fecha, devolver a la instancia de origen.