

Expediente I.P.P. catorce mil setecientos cincuenta y cinco.

Número de Orden:_____

Libro de Sentencias nro.:_____

En la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires, a los diecinueve días del mes de enero del año dos mil diecisiete, 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 Guillermo Alberto Giambelluca, Gustavo Angel Barbieri y Pablo Hernan Soumoulou**, para dictar resolución interlocutoria en la **I.P.P. nro. 14.755/I caratulada "Incidente de apelación. Imputados C.S.,A.R.; C.S.,J.M."**, y practicado el sorteo pertinente (art. 168 de la Constitución de la Provincia y 41 de la ley 5827, reformada por la nro. 12.060), resultó que la votación debía tener lugar en el orden siguiente: doctores **Giambelluca, Soumoulou y Barbieri (Magistrado este último que intervendrá en caso que se estime corresponder)** resolviendo plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

1.- ¿ Es justa la resolución apelada ?

3.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

V O T A C I Ó N

A LA PRIMERA CUESTIÓN EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: la Señora Juez de Garantías Dra. Susana Calcinelli resolvió a fs. 23/30 vta. convertir en prisión preventiva la detención que vienen sufriendo A.R.C.S. y J.M.C.S., por entender que existen elementos suficientes para sostener que el primero de ellos es "prima facie" autor del delito de homicidio en ocasión de robo, en los términos del artículo 165 del C. Penal y el restante lo es en grado de partícipe secundario.

A fs. 1/7 interpone recurso de apelación la señora Auxiliar Letrada de la unidad Funcional de Defensa Nro. 5, doctora Luciana Alejandra Juricich, en relación al encausado J.M.C.S..

Expone la defensa que en autos no existen elementos suficientes para dar por acreditada la participación de su asistido en el hecho que se le imputa, afirmando que si bien se encontraba en el lugar de los hechos nunca supo que su hermano iba cometer ilícito alguno y que ninguno de los testimonios colectados acredita tal circunstancia.

Refiere que el testimonio del encausado y de su hermano son coincidentes en cuanto a que no hubo un plan conjunto ni colaboración de J.M. para cometer el ilícito y que su única intención era llevarse a su hermano, que la testigo J.E. refiere que quien sustrae las bebidas era quien vestía bermudas, o sea R.C. y que en el reconocimiento en rueda D.X. no brinda precisiones sobre la participación de cada uno.-

Sigue diciendo que la participación del encausado parece fundarse en el video que sólo refleja que éste permaneció fuera del negocio resultando irrisorio que con tal actuar haya podido contribuir en algo a la prepetración del hecho, resultando ello la única prueba de cargo por la que se lo vincula a su defendido, vulnerándose con ello el principio de inocencia.-

En subsidio plantea errónea aplicación del artículo 165 del C. Penal desde que el delito de robo agravado por el resultado de homicidio requiere que el ilícito base haya sido consumado, no bastando la tentativa que la juez admite que existió, señalando jurisprudencia en su respaldo.-

La defensa entiende que si bien no pasa inadvertido el plenario que el Tribunal de Casación Penal Provincial dictara al respecto en causa 12.442 "Merlo, Alberto Alarico s/Recurso de Casación", con referencia al voto en disidencia del doctor Celesia, indica que el mismo es de carácter no vinculante y que es violatorio del

principio de legalidad y de garantía de máxima taxatividad legal que rige en materia penal.-

En autos la doctora Juricich dice que no se ha podido acreditar la puesta de acuerdo entre los coimputados en llevar a cabo el desapoderamiento y la sola ubicación de su defendido en el lugar no puede inducir a tal conclusión, rigiendo el principio de individualidad de la responsabilidad en caso de pluralidad de partícipes y en consecuencia en el peor de los casos podrá suponerse que J.M. quiso participar de un hurto porque sin dudas su hermano A.R. fue a cometer dicho ilícito, tal como lo sostuvo el A-Quo a fs. 161, pero en modo alguno no pudo prever ni querer prestar colaboración en el resultado muerte.-

Analizados seguidamente los agravios desarrollados en el recurso de apelación por la Defensa técnica habré de adelantar que el recurso interpuesto no tendrá favorable tratamiento.

Así en lo que hace al ataque que efectúa la doctora Juricich en torno a la calificación legal que corresponde atribuir, si bien desarrollaré luego los motivos que me llevan a confirmar la impuesta por la Magistrada de la instancia, considero que la participación que "prima facie" debería también enrostrarse a J.M.S. es la de coautor en el delito de homicidio en ocasión de robo y no como partícipe secundario del mismo, como lo determinara la señora Juez de Garantías.- (art. 165 del Código Penal).

Lo anterior al sólo efecto de dejar a salvo mi opinión sobre el correcto encuadre jurídico de los hechos materia de análisis, pues no es jurídicamente válido modificar lo decidido por la Sra. Juez A-Quo, so pena de afectar la situación procesal del imputado en su perjuicio, en función de lo previsto por el art. 435, segundo párrafo del C.P.P., atento la inexistencia de recurso fiscal sobre el tópico.

Tal prohibición reviste jerarquía constitucional y significa que ante la falta de recurso acusatorio no se puede agravar, perjudicar o empeorar la situación obtenida por los imputados (ver Jorge A. Clariá Olmedo "Tratado de Derecho

Procesal Penal". Ediar. Bs. As. 1969 To. V. pag. 467 y sus citas de Beling y Manzini; Fernando de La Rúa "Límites de los recursos y prohibición de reformatio in pejus en materia penal y civil" en La Ley del 17 de marzo de 1892).

Afirmando el referido carácter constitucional, la Corte Suprema de Justicia de La Nación dice en "Díaz, Antonio N y otro s/robo calificado y falsificación de documento público" de fecha 1-12-1988 " (Fallos: 311; 1156) resolvió: "...La prohibición de la reformatio in pejus cuando no media recurso acusatorio tiene jerarquía constitucional, por lo cual toda sentencia que ignore este principio adolece de invalidez en tanto habría sido dictada sin jurisdicción; y además afecta de manera ilegítima la situación del encausado merced al pronunciamiento consentido por el Ministerio Público de la instancia inferior y lesiona de ese modo la garantía contemplada en el art. 18 de la C.N. ...".

Si se modificara, como lo pretendo, la calificación del ilícito presuntamente desplegado por el acusado subsumiendo su conducta en la calidad de coautor del delito de homicidio en ocasión de robo, acarrearía una situación más grave que la gozada hasta ahora (si bien esto es sólo con respecto a la medida cautelar).

Un remedio interpuesto sólo en beneficio del imputado, no puede desmejorar su situación procesal.

Efectuada esta importante aclaración ingresare a los distintos fundamentos expuestos por la recurrente, dando respuesta a los mismos.

Así tengo para mi que en autos no sólo existen elementos suficientes para acreditar la participación de J.M.C.S. en el hecho, descartando que entre éste y su hermano A.R. no haya existido el grado de colaboración atribuido en el auto en crisis (reiterando que tal supuesto fáctico implica un límite por aplicación del principio de reformatio in pejus del artículo 435 del C.P.P.), sino que en mi opinión hubo entre ambos un acuerdo previo con aporte esencial por parte del aquí encausado para la concreción del ilícito.-

Fundo ello no sólo en el video que se adjunta a fs. 38 y que fuera descrito en el informe actuarial de fs. 139, sino en prueba testimonial de la que emerge la sustancial participación que tuviera el encausado en la perpetración del robo al supermercado "Arco Iris". Es que del soporte fílmico aportado se puede apreciar como se lleva adelante el hecho, quedando a las claras su ubicación, fuera del local y detrás de una pared, asomándose en forma reiterada hacia el comercio para luego apreciarse el ingreso del coencausado, cruzando desde enfrente para luego salir corriendo perseguido por una persona luego de lo cual se produce un tumulto, mientras el primero de ellos luego de aguardar unos segundos se involucra en la gresca.

Tal descripción se corresponde con los relatos de D.X. (fs. 10 y 51) y M.A.C. (fs. 13 y 53) y D.R.D.N. (fs. 57 y 126/127) quienes refieren la misma mecánica en cuanto al proceder de los encausados, lo que refuerza aun mas mi convencimiento sobre el acuerdo previo que hubo entre ellos para la consumación del mismo.

Ese es el sentido que le ha dado el Tribunal de Casación Penal Provincial cuando resuelve que "...La coautoría requiere que los intervinientes en la ejecución del hecho actúen en común, para lo cual cada uno debe hacer un aporte objetivo que consista en la realización de un elemento del tipo, basado en un acuerdo previo, con dominio funcional del hecho y plena responsabilidad personal, de modo que aún cuando ninguno logre efectuar la totalidad de los aportes causales que requiera la estructura típica, la resolución conjunta hace que se le puedan atribuir las resoluciones de los demás intervinientes como si fueran propias. La resolución común de realizar el delito es el componente subjetivo necesario de la coautoría que justifica la recíproca imputación de cualquier contribución causal a la ejecución del hecho efectuada en el marco del acuerdo..." TC0002 LP 28984 RSD-354-12 S 24/04/2012 Juez CELESIA (SD) Carátula: F. ,F. A. s/Recurso de casación Magistrados Votantes:

Celesia - Mancin. Tribunal Origen: TR0500SI TC0002 LP 47194 RSD-1518-11 S 01/11/2011 Juez CELESIA (SD) Carátula: C. ,S. O. y o. s/Recurso de casación Observaciones: Y su acumulada causa nº 47196 Magistrados Votantes: Celesia - Mahiques Tribunal Origen: TR0500SM; TC0002 LP 16516 RSD-217-6 S 06/06/2006 Juez CELESIA (SD) Carátula: P. ,L. A. o M. ,L. A. s/Recurso de casación Magistrados Votantes: Celesia-Mancini Tribunal Origen: TR0300LM.

Resulta palmario que no es imprescindible que exista un acuerdo con características formales, para tener por justificada la participación de ambos procesados en igual grado, sino que basta con que el mismo se haya concertado incluso instantes previos a la ejecución del hecho, lo que resulta aplicable a este caso, donde se puede advertir cuando J.M.C.S. se coloca en una posición, que si bien inicialmente podría calificarse de "campana" luego, en el curso de los acontecimientos cobra un rol activo cuando participa en la agresión a la persona que intentaba defender a uno de los empleados del comercio. Por su parte el restante ingresa al comercio con el fin de sustraer y concluye asestándole un golpe con una botella que provoca el deceso de la víctima.

Otro indicio que cabe ponderar a los fines de acreditar el extremo autoral es la propia manifestación de los encausados (fs. 129/132 y 133/137) los que son coincidentes en situarse en el escenario de los hechos, mas allá que uno de ellos pretenda no recordar lo sucedido por la ingesta de alcohol y consumo de marihuana y el otro ofrezca una versión distinta de como sucedieran los hechos.

Lo cierto es que ambos se encontraban en el lugar y fueron allí detenidos, tanto por los empleados del supermercado, como por otras personas que concurrieron a socorrerlos y con el fin de evitar la fuga de los autores.

Debo desestimar, por las razones expuestas la hipótesis que ensaya la defensa en cuanto que J.M.C.S. sólo intervino para defender a su hermano o

simplemente se encontraba fuera del lugar de los hechos, cuando de la prueba ya detallada se acredita "prima facie" que colaboró activamente en ellos.

Descarto también que el hecho pueda tipificarse como tentativa de hurto desde que claramente el desapoderamiento se produjo con violencia física en las personas, ocasionando la muerte a una de ellas y aún cuando no hubiesen tenido la voluntad directa de causar ese resultado, es lo cierto que el haber ido con una botella e impactar a una de ellas en una zona vital, implicaba la aceptación del mismo.-

Finalmente tampoco acompañaré al planteo subsidiario de la defensa sobre la errónea aplicación del artículo 165 del C. Penal.-

Comparto entonces la postura de la señora Juez de Garantías cuando afirma que el ilícito imputado debe considerarse consumado, no obstante que no se hayan dispuesto efectivamente de las cosas desapoderadas, ello atento la producción del resultado muerte que se verificó en el hecho, por lo que también debe desestimarse la petición defensiva que intenta calificar la conducta de su asistido como tentativa de robo.-

Tanto destacada doctrina como jurisprudencia que se señala han sostenido el criterio precedentemente expuesto, en particular el fallo plenario a que alude el auto en crisis (Causa Nro. 12.442 "Merlo, Alberto Alarico s/Recurso de Casación " del 18/3/2010).-

Entiendo que los fallos plenarios son vinculantes desde que el art. 37 de la ley 5827, dispone que, con el objeto de resolver de manera uniforme temas jurídicos que hayan merecido decisiones dispares, distintas cámaras o las salas de una misma cámara se reúnan en plenario, para acordar una única solución.

La finalidad de los mismos es la de ofrecer mayor seguridad a los derechos y evitar la repercusión jurídica que surgiría de mantenerse una disidencia de opiniones sobre los foros en que están integrados los tribunales de justicia de un departamento judicial.

En relación a la fuerza obligatoria del fallo dictado por la cámara en pleno dice la ley, en el apartado f) del art. 37: "...sin perjuicio de las disposiciones que sobre el recurso de inaplicabilidad de ley contiene la Constitución, la interpretación de las normas legales será obligatoria para las salas de la misma Cámara y jueces del departamento judicial...".

Por lo expuesto esa función uniformadora de los fallos plenarios alcanza su límite frente a la potestad casatoria que ejerce la Suprema Corte, lo que así fue reconocido por el mas alto Tribunal de la provincia cuando resolviera que "La aplicabilidad de la ley que efectúa un fallo plenario y los dictados en su acatamiento no puede dejar de estar sujeta a revisión por la Corte..." (SCBA, P 39577 S 28-2-1989 , Juez Laborde (SD); Publicaciones: AyS 1989-I, 228 Mag. votantes: Laborde - Mercader - Rodriguez Villar - Ghione - San Martin).

Por otra parte y desde lo institucional el Superior Tribunal Provincial ha fijado el objetivo de la creación del Tribunales de Casación Penal estableciendo que: "Siendo de la esencia de la casación unificar jurisprudencia, se estableció como tarea de esta Sede fijar, a través del recurso homónimo, la interpretación de las leyes sustantiva y procesal, como también el sentido de cada una de sus disposiciones, y de verificar si en los juicios se observaron las garantías del "debido proceso" y de la defensa en juicio..." (<http://www.scba.gov.ar/casacion/>).-

Por ello, volviendo a la calificación que corresponde atribuir al ilícito, se puede leer que "...Todo indicaría que esta figura queda consumada cuando media el apoderamiento propio de todo robo y la ocurrencia de la muerte, pero se ha entendido que dándose esta última en las circunstancias típicas señaladas, el tipo se tiene por consumado, pese a que el robo haya quedado en tentativa. Así se sostuvo que " para que se configure el delito previsto en el art. 165 del Código Penal, resulta indiferente que el robo se consuma o quede en grado de conato, pues lo que tipifica esta conducta es que las muertes estén relacionadas a un atentado a la propiedad...".

(Código Penal de la Nación Comentado y Anotado. Andrés José D`Alessio Director. Mauro A. Divito Coordinador. 2a. edición actualizada y ampliada. Tomo II. págs. 599/600. La Ley. 2011.).

En concordancia con tal postura, nuevo fallos del Tribunal de Casación Provincial han reiterado el criterio ya sentado cuando decidieran que: "En el robo calificado del artículo 165 del Código Penal, la muerte resultante puede ser tanto dolosa como culposa, y, salvo caso fortuito, quedan incurso todos los que hubiesen participado en el desapoderamiento aún cuando no hayan sido los autores de la muerte. CPE Art. 165 C0004 LP 59121 RSD-721-13 S 17/12/2013 Juez KOHAN (SD) Carátula: A. ,C. M. s/Recurso de casación Magistrados Votantes: Kohan - Natiello; Tribunal Origen: TR0500LM TC0004 LP 64208 67 S 19/02/2015 Juez KOHAN (SD) Carátula: Alvarez, Alejandro David s/ Recurso de Queja (art. 433 C.P.P.) Magistrados Votantes: Kohan-Natiello Tribunal Origen: CP0002LM.

Por todo lo aquí expuesto propondré al acuerdo la confirmación de la resolución en crisis, en cuanto sostiene que en autos se encuentra acreditada "prima facie" la intervención penalmente responsable de J.M.C.S. en el hecho que fuera calificado como homicidio en ocasión de robo, en grado de partícipe secundario, en los términos del artículo 165 y 46 del C. Penal, ello en función de lo previsto por el art. 435, segundo párrafo del C.P.P., atento la inexistencia de recurso fiscal sobre el tópic.

Así lo voto.-

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero por sus fundamentos al voto del Dr. Giambelluca y sufragó en el mismo sentido.

A LA SEGUNDA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR GIAMBELLUCA, DICE: Atento el resultado alcanzado en la cuestión anterior, corresponde confirmar la resolución de fs. 23/30vta..

A LA MISMA CUESTION EL SEÑOR JUEZ DOCTOR SOUMOULOU, DICE: Adhiero al voto del Dr. Giambelluca.

Con lo que culminó el Acuerdo que signan los Sres. Jueces nombrados.

RESOLUCION

Bahía Blanca, enero 19 de 2.017.

Y Vistos; Considerando: Que en el acuerdo que antecede ha quedado resuelto: **Que es justa la resolución impugnada.**

Por esto y los fundamentos del acuerdo que precede: **SE RESUELVE:** no hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la señora Auxiliar Letrada de la unidad Funcional de Defensa Nro. 5, doctora Luciana Alejandra Juricich a fs. 1/7 y en consecuencia; **CONFIRMAR** la resolución dictada por la señora Juez de Garantías, doctora Dra. Susana Calcinelli de fs. 23/30 vta. que convirtió en prisión preventiva la detención que viene sufriendo J.M.C.S., por entender que existen elementos suficientes para sostener que "prima facie" ha intervenido en el delito de homicidio en ocasión de robo en grado de partícipe secundario (artículos 165 y 46 del C. Penal y arts.157 inciso 3ero. , 435, 439, 440 y 447 del Código Procesal Penal).

Devuélvase los autos principales, previo adjuntar copia certificada de la presente.

Notifíquese en la incidencia. Fecho remitir a primera instancia.