



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, sede de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, el 10 de febrero de dos mil once se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores, Daniel Carral y Ricardo Borinsky (art. 451 del C.P.P.), con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de dictar sentencia en la presente causa N° 12.253 (Registro de Presidencia N° 42.621) "A., L. N. s/ Recurso de Casación", conforme al siguiente orden de votación: CARRAL - BORINSKY.

ANTECEDENTES:

El Tribunal en lo Criminal N° 3 del Departamento Judicial de San Martín condenó a L. N. A. a la pena de dieciséis años de prisión, accesorias legales y costas del proceso, al encontrarlo autor responsable de los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, homicidio "criminis causa" en grado de tentativa agravado por el uso de arma de fuego y haber sido perpetrado contra un miembro de una fuerza policial ejerciendo su función y portación ilegal de arma de guerra, los que concurren entre sí en forma real (arts. 5, 12, 41 bis, 42, 55, 80 inc.7 y 8, 166 inc. 2, segundo párrafo, 45, 55, 119 párrafos segundo y 189 bis inciso 2 párrafo cuarto del C. Penal).

Contra dicho pronunciamiento la defensa oficial que asiste al encausado ocurrió en casación, invocando como motivos: (i) violación de las siguientes normas: art.18 de la Constitución Nacional, art.14 inc. 1 y 3 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos; art.8 inc.1; 2.b y 2.c de la Convención Americana de Derechos Humanos. (ii) Fundamenta sus agravios en la violación al principio de congruencia al variar de manera sustancial la figura en la que finalmente el tribunal subsumió los

hechos sobre los que recayera condena, aplicando, a su vez, una pena sustancialmente mayor a la solicitada por la acusación, como consecuencia del brusco cambio de significación jurídica de la imputación. (fs. 18/20 vta.).

Concedido el recurso y radicadas las actuaciones ante esta sede, la señora defensora ante esta instancia presentó memorial, en sustitución de la audiencia, ratificando los motivos de agravio oportunamente invocados, complementando su posición con fundamentos que cuestionan: (i) La errónea valoración del art.41 bis como agravante genérica en delitos tentados. (ii) Arbitrariedad en la pena impuesta por resultar mayor a la solicitada por el Ministerio Público Fiscal; (iii) Inconstitucionalidad del art. 189 bis, inc. 2do, párrafo cuarto del C. Penal; (iv) La valoración de la juventud del imputado como pauta atenuante (fs. 38/50).

A su turno, la señora representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia, a través del memorial obrante a fs. 51/58 se pronunció por el rechazo de la pretensión defensiva al considerar que no se ha violado el principio de congruencia por cuanto la secuencia fáctica, con prescindencia de la calificación legal, fue en todo momento comprensiva del mismo supuesto. A su vez, postula el rechazo de los agravios introducidos por la defensa ante esta instancia.

Concluido el preámbulo contradictorio, la Sala se encuentra en condiciones de dictar sentencia, por lo que se plantean y votan las siguientes

CUESTIONES:

Primera: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

A la primera cuestión el señor juez doctor Daniel Carral dijo:

I. En primer término importa destacar que todo el proceso previo al dictado de la sentencia en crisis transitó bajo una significación jurídica, seleccionada por la acusación estatal, que encontró adecuación típica en los delitos conocidos en doctrina bajo la nomenclatura de robo calificado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa - agravado a su vez por las lesiones ocasionadas a la víctima- y portación ilegal de arma de guerra.

En el marco propio de las facultades que ostenta el ministerio público fiscal, la intimación de los hechos y su encuadre legal permaneció inmutable desde el propio inicio de la investigación (en oportunidad de recibirse declaración al imputado) hasta el momento de formular el último acto de atribución de la acusación, vale decir en el contexto de producirse el alegato de esa parte en el marco de la audiencia de debate, donde como corolario de la imputación se solicitó la condena y la individualización de la misma en *cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas*.

Sin embargo, los señores jueces del tribunal de grado, una vez dictado el veredicto condenatorio, coincidieron en un fallo que encuadró los hechos en los delitos de "robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, homicidio "criminis causa" en grado de tentativa agravado por el uso de arma de fuego y haber sido perpetrado contra un miembro de una fuerza policial ejerciendo su función y portación ilegal de arma de guerra, los que concurren entre sí en forma real" individualizando la

pena a aplicar en *dieciséis (16) años de prisión, accesorias legales y costas*. (cfr. fs 14).

II. El recurso de la defensa embate contra la sentencia recaída, acudiendo en fundamento de su agravio central a la denuncia de la violación del principio de congruencia. Así, sostiene que se trata de un cambio brusco de calificación legal que ha provocado sorpresa en la defensa y que involucra aspectos de hecho y de derecho que no fueron materia de prueba ni de discusión en ninguna de las instancias que transitó el proceso afectándose de ese modo el pleno ejercicio del derecho de defensa. Señala asimismo que en ninguna de las oportunidades en que el Ministerio Público Fiscal se expidiera, su representante consideró que el motivo de la persecución penal involucrara el delito de “Homicidio Criminis Causa”, del mismo modo que el agravado por el inc. 8 del art. 80. A consecuencia de ello, refiere que la defensa se vio privada de discutir extremos que hacen a las diferentes exigencias subjetivas sobre las que nunca fuera intimado (cfr. fs. 19 vta/20).

A su turno, la señora fiscal adjunta resiste la crítica defensiva argumentando que el tribunal no insertó sorpresivamente las circunstancias fácticas que, a la postre, fundaron la agravante calificativa del homicidio.

Sentado las posiciones de las partes, está claro que el eje central de discusión gira en torno a la correcta intelección que cabe asignarle a las facultades del tribunal para “decir el derecho” sin afectar con ello la defensa en juicio ni los principios cardinales del sistema acusatorio que se erigen, en esencia, desde el máximo compromiso con los standards de imparcialidad del juzgador, resguardando –en lo que aquí importa- los extremos que hacen a la contradicción y bilateralidad.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Es entonces que de uno y otro lado se invoca el brocárdico "iura novit curia" tanto para sostener la validez de lo resuelto como para criticar su incorrecta interpretación.

Tradicionalmente se ha entendido que no corresponde que la sentencia se pronuncie sobre hechos no específicamente descriptos en la acusación, en cambio, respecto del encuadre jurídico se ha aceptado una completa libertad del tribunal de la instancia para su adecuación.

Tal como se ve, la tajante distinción se trazaba entonces desde la diferenciación del plano fáctico respecto de su significación jurídica, exigiendo inmutabilidad para el primero y libertad decisoria para el segundo.

No obstante, ya se ha visto que esta clase de diferenciaciones, que en hipótesis parecieran factibles con precisión quirúrgica, no son posibles dado que cuestiones de hecho y derecho se entrelazan necesariamente resultando, en muchas situaciones, imposible su deslinde.

Este enfoque ha sido ciertamente el que condujera a la nueva doctrina que guía el objeto de examen en materia recursiva y que fuera establecida por nuestro máximo intérprete constitucional a partir del fallo "Casal".

Y, si de brocárdicos se trata, no puede olvidarse de aquél que establece como regla *nullum iudicium sine accusatione*, en tanto constituye uno de los aspectos más importantes del modelo teórico

acusatorio y sobre el que reposa el resguardo de la garantía de imparcialidad.

Tan así que nuestra Corte Federal, al precisar qué debe entenderse por procedimientos judiciales a los efectos del art. 18 de la Constitución Nacional, ha dicho que esa norma exige observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, entre muchos otros), y dotó así de contenido constitucional al principio de bilateralidad sobre cuya base, en consecuencia, el legislador está sujeto a reglamentar el proceso criminal (Fallos: 234:270).

Volviendo entonces al alcance que debe concederse al tribunal de juicio para decidir el encuadre jurídico en función de la plataforma de imputación, el presente caso informa que el Ministerio Público Fiscal asignó, en todo momento, al *factum* de imputación una calificación jurídica que no contemplaba la hipótesis de los homicidios agravados (art.80 inc.7 y 8 C.P.) en grado de conato, sino que, por el contrario, acotó a la hipótesis, al menos en cuanto a las lesiones, a la ratio agravatoria que contempla el art.166 inc.1 del plexo penal de fondo.

Más allá del acierto o desacierto de la acusación estatal al asignar la relevancia penal de la conducta, lo cierto es que no se aprecia, y tampoco el tribunal “a quo” lo ha evidenciado, que existan vicios de logicidad y fundamentación en su pretensión.

El punto está entonces en verificar si el cambio de calificación que desplazó una parcialidad del encuadre jurídico hacia las figuras de homicidios agravados encierra aspectos relevantes de la imputación que la defensa se vio impedida de desafiar afectándose de ese modo la defensa en juicio.

Lo primero que advierto es que la figura del art.80 inc.7, conocida en doctrina como homicidio finalmente o causalmente



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

conexo, contiene en su estructura típica, particularmente en su faz subjetiva, elementos que la dotan de especiales características y que en definitiva resultan el fundamento de la "ratio agravatoria".

Por lo pronto, una correcta subsunción legal bajo ese molde tipológico exige dar por acreditados los extremos que hacen a los elementos especiales de la autoría (elementos subjetivos distintos del dolo) que permitan establecer la demandada exigencia de "conexión" final o causal según corresponda.

En correlato con ello, una intimación acusatoria que persiga un reproche en tal sentido deberá contener, más no sea mínimamente, una descripción que permita contradecir o desafiar esa hipótesis.

En ausencia de esa necesaria relación, la defensa bien puede conformarse con la imputación y aceptarla según la significación jurídica asignada por el acusador y no puede entenderse que deba verse obligada a aventurar discusiones que no le fueran planteadas, ante la eventualidad de que el tribunal sentenciador decida apartarse hacia una calificación más gravosa.

Esto cobra especial relevancia cuando, además, nuestro digesto de forma contiene reglas y supuestos específicos por los cuales, durante el debate, la fiscalía puede ampliar el primigenio requerimiento. (art. 359 CPP).

Lo propio puede sostenerse respecto del encuadre jurídico que subsumió a los hechos en la figura del art. 80 inc. 8, toda vez

que la razón de ser de la agravante no reposa exclusivamente en la calidad del sujeto pasivo, tal como así se ha sostenido por la mayoría de esta Sala en numerosos precedentes (Causa N° 12.367 -Registro de Presidencia N° 41.827- caratulada “M. A., J. H. s/ Rec. de Cas.”, entre otras).

Así las cosas, la sentencia que desplazó el encuadre jurídico postulado unívocamente desde la acusación, hacia un supuesto más gravoso que encierra notas típicas distintivas desconocidas por la defensa, con la consecuente imposición de una pena sustancialmente mayor a la requerida por la acusación constituyó una subsunción sorpresiva sobre la cual el imputado y su defensor no pudieron expedirse en el juicio, pues no era razonable exigirles que buscaran todas las posibles calificaciones más gravosas y se defendieran de todas ellas, contraargumentando lo que aún nadie había argumentado (Cfr. doctrina CSJN fallos 330:5020 “Ciuffo, Javier Daniel”).

Entiendo con esto que la libertad de la que goza el tribunal para decidir la significación jurídica de los hechos que dan sustento al veredicto condenatorio debe respetar la regla que se expresa como principio de correlación entre la acusación y el fallo en la medida en que resulta ser una manifestación de la garantía de defensa en juicio, dado que el derecho a ser oído reclama del órgano jurisdiccional un pronunciamiento que debe expedirse sobre el hecho y las circunstancias contenidas o delimitadas en la acusación, fijando entonces aquella regla el ámbito máximo de decisión del fallo penal.

Desde este andarivel, no puede pasarse por alto que la estrategia de la defensa debe quedar en posición de ejecutarse respecto de todos aquellos aspectos relevantes del hecho, muchos de los cuales sólo pueden individualizarse con referencia a la calificación jurídica. Esto lleva a la necesidad de reconsiderar la interpretación del objeto sobre el que debe recaer la *congruencia* y superar los límites de las posiciones doctrinarias que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

la han acotado una versión estrictamente "fáctica", debiendo conceder una interpretación a tono con la razonada por nuestro máximo intérprete constitucional en "Casal" pues, en rigor, el objeto procesal puede ser definido como un *factum* derivado de una correlación entre hecho y derecho (Fleming, Abel y López Viñals, Pablo; Garantías del Imputado, Rubinzal Culzoni, Editores, pág. 518 Sta. Fe 2007).

En palabras prestadas del Profesor Maier, se puede sostener que la congruencia exigida, para resguardar el contradictorio, impide introducir elementos nuevos sobre los cuales no haya podido defenderse el imputado, a quien se le debe garantizar la posibilidad de alegar y probar todo aquello por lo que antes no fue acusado y que determina su responsabilidad, toda vez que una variación brusca de la calificación jurídica puede sorprender a la defensa en algunos casos (Derecho Procesal Penal, T. I, pág. 569).

En esta línea de interpretación se inscribe la opinión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuando fue requerido sobre la necesidad de que el imputado sea advertido acerca de una rectificación del encuadramiento acusatorio del alegato final. Así, en el caso "Péllisier y Sassi vs. Francia", se consideró que se encontraban vulneradas las disposiciones del art.6 del Convenio [análogo al art.8.2 de la CADH y al art.14 del PIDCP] en lo relativo a la necesidad de una notificación de la acusación al imputado, cuando se da un cambio de calificación que emerge sorpresivamente en la sentencia. Sin desconocer la facultad del tribunal de juicio, censuró que se hiciera uso de ella sin dar a la defensa oportunidad de

confrontar la alteración del encuadramiento legal, que sólo fue conocido con la emisión del fallo.

Finalmente, tampoco puede soslayarse que si el órgano acusador estimó adecuada la imposición de una determinada pena, en el marco de la adecuación típica que entendió aplicable, la potestad de juzgar conferida por el Estado a los tribunales de justicia debe ejercerse de acuerdo con el alcance que fija la acusación, y dado que la pretensión punitiva constituye una parte esencial de ella, tal como es doctrina pacífica de la mayoría consolidada de esta Sala, cualquier intento por superar aquella pretensión incurre en un ejercicio jurisdiccional extra o ultra petita (Causa N° 12.550 -Registro de Presidencia N° 43.404- caratulada “F., J. O. s/ Rec. de Cas.”).

En consecuencia entiendo que este primer agravio debe ser atendido.

III. En cuanto a los agravios introducidos por la Defensa Pública ante este tribunal, la conclusión del tópico precedente torna abstracto el embate contra la aplicación del art. 41 bis del Código Penal.

De otro lado, la tacha de inconstitucionalidad del art. 189 bis, inc. 2º, párrafo cuarto del C. Penal, bajo el argumento que colisiona con el principio constitucional de legalidad en el entendimiento que la prohibición en crisis no determina en qué consiste un arma de guerra, por lo que debe acudir a reglamentos del poder ejecutivo, no puede tener favorable recepción.

He sostenido en reiteradas oportunidades que la ley penal en blanco es constitucionalmente admisible cuando su literalidad resguarda claramente el contenido del núcleo de la prohibición y la sanción a imponer.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

A salvo estos extremos, es posible para su aplicación el reenvío a una regla, incluso emanada del poder ejecutivo. En el caso, la regla tachada de inconstitucional respeta ese ámbito indelegable del poder legislativo, y, en consecuencia, no vulnera las garantías que la defensa entiende conculcadas.

De otro lado, en cuanto a la pauta atenuante vinculada a la corta edad del imputado, descartada por el sentenciante bajo argumentos genéricos que no han considerado la situación concreta del caso, entiendo que deberá ser tenida en cuenta al momento de la individualización de pena que he de proponer al acuerdo.

IV. Encontrándose firme la ocurrencia de los hechos y la intervención que le cupo al imputado, considerando que bajo los argumentos expuestos en el punto II del presente entiendo que el recurso es procedente, he de proponer al acuerdo casar parcialmente la sentencia recurrida procediendo a su recalificación e individualización de la pena, evitando así un reenvío innecesario que los tribunales revisores debemos evitar (art. 15 Const. Provincial) y que en definitiva L. N. A. quede condenado a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS de primera instancia, como autor responsable del delito de robo doblemente agravado, por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, y las lesiones ocasionadas, en concurso real con portación ilegal de arma de guerra (artículos 5, 12, 19, 29 inc. 3º, 40, 41, 42, 44, 54, 55, 166 incisos 1º y 2º, párr. 2º, 189 bis, inciso 2º, párr. 4º del Código Penal; 448, 450, 454, 456, 459, 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal).

En consecuencia, a esta primera cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA (arts. 8.2 CADH; art.14.3 PIDCP; art. 18 Constitución Nacional, art.15 de la Constitución Provincia de Buenos Aires).

A la primera cuestión el señor juez doctor Borinsky dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, a lo expresado por el doctor Carral y a esta cuestión VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Carral dijo:

Que de conformidad al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente, corresponde hacer lugar -sin costas- al recurso interpuesto, casando la sentencia recurrida y condenando a L. N. A. a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS de primera instancia, como autor responsable del delito de robo doblemente agravado, por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, y las lesiones ocasionadas, en concurso real con portación ilegal de arma de guerra (artículos 5, 12, 19, 29 inc. 3º, 40, 41, 42, 44, 54, 55, 166 incisos 1º y 2º, párr. 2º, 189 bis, inciso 2º, párrafo 4º del Código Penal; 448, 450, 454, 456, 459, 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal).

ASI LO VOTO.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Borinsky dijo:

Que adhiere, por los mismos fundamentos, al voto del doctor Carral.

Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente:

SENTENCIA



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

I.- HACER LUGAR, sin costas, al recurso de casación interpuesto.

II.- CASAR la sentencia recurrida, condenando finalmente a L. N. A. a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS de primera instancia, como autor responsable del delito de robo doblemente agravado, por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, y las lesiones ocasionadas, en concurso real con portación ilegal de arma de guerra.

Rigen los artículos 5, 12, 19, 29 inc. 3º, 40, 41, 42, 44, 54, 55, 166 incisos 1º y 2º, párr. 2º, 189 bis, inciso 2º, párrafo 4º del Código Penal; 448, 450, 454, 456, 459, 460, 530 y 531 del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y remítase a la Mesa Única General de Entradas para su devolución a origen.

FDO.: DANIEL CARRAL – RICARDO BORINSKY

ANTE MI: Carlos Javier Durán