



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

En la ciudad de La Plata a los siete días del mes de diciembre del año dos mil once, siendo las horas, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores Jueces de la Sala Primera del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores, Carlos Ángel Natiello, Horacio Daniel Piombo y Benjamín Ramón Sal Llargués, bajo la Presidencia del primero de los nombrados, para resolver en causa N° 33.677 de este Tribunal, caratulada: "**FERNANDEZ, Daniel s/ Recurso de Casación**". Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **NATIELLO - PIOMBO - SAL LLARGUES**, procediendo los mencionados magistrados al estudio de los siguientes:

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

I. Llega a esta Sede recurso de Casación interpuesto por el Dr. Fernando Luis Lagares, Defensor Oficial del Departamento Judicial San Martín, contra la sentencia dictada por el Tribunal en lo Criminal N° 7 Departamental, por la cual se condenara a Daniel Lorenzo

Fernández, a la pena de cinco (5) años de prisión, accesorias legales y costas, con más la declaración de reincidente, por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de armas.

II. Denuncia la Defensa, como primer agravio, la absurda valoración de la prueba para atribuir al acusado su participación en el hecho, con infracción a los arts. 210 y 373 del C.P.P. El fallo forzó la valoración de las pruebas de cargo aportadas por la acusación para ocultar su baja calidad convictiva, subestimando al mismo tiempo las divergencias en los relatos de los funcionarios aprehensores.

Como segundo agravio, considera la arbitrariedad en la selección de una agravante, incurriendo en infracción a los arts. 210 y 373 del C.P.P., 40 y 41 del C.P. Dice que los ítems de la naturaleza de la acción y los medios empleados para ejecutarla no pueden erigirse en este caso como agravantes de la pena por irrelevancia de ambos comportamientos.

III.- Concedido el recurso, radicado en Sala a fs. 24, se resolvió declarar al presente formalmente admisible a fs. 26/27.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

IV.- Notificado el Sr. Defensor Oficial Adjunto, Dr. José María Hernández, manifiesta que mantiene expresamente el recurso traído por el Sr. Defensor oficial Dr. Lagares, contra la sentencia recaída en autos. Asimismo hace uso de la facultad que le confiere el art. 458 in fine del C.P.P., desistiendo de la celebración de la audiencia de informes. Por último requiere que se proceda a declarar la inconstitucionalidad de la reincidencia, del art. 50 del C.P. en función de las consecuencias que el art. 14 del mismo cuerpo legal impone, por importar una infracción a la prohibición del bis in idem (art. 18 CN), y al principio del hecho y de culpabilidad (arts. 18 y 19 CN).

A su turno el Sr. Fiscal ante este Tribunal Dr. Carlos Arturo Altuve, adhirió al desistimiento de la audiencia prevista en el art. 458 C.P.P. Manifiesta que el reclamo no puede prosperar, ya que el recurso deviene insuficiente, pues la defensa efectúa una serie de consideraciones, sin demostrar un razonamiento arbitrario por parte del Tribunal inferior, limitándose a señalar un

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

criterio discrepante con el que brindaran los integrantes del mismo.

V.- Encontrándose el presente en estado de dictar sentencia se decide plantear y resolver las siguientes:

C U E S T I O N E S

1ra.) ¿Es admisible el recurso de Casación interpuesto?

2da.) ¿Se han acreditado las violaciones legales denunciadas?

3ra.) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

La recurrida es sentencia definitiva en los términos del artículo 450 del ceremonial, se han cumplido las mandas del artículo 451 del mismo cuerpo en punto a anunciar el recurso y traerlo en tiempo y se invocan motivos de los contemplados en el art. 448 todos del rito penal.

Voto por la afirmativa.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

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

Adhiero al voto del doctor Natiello expidiéndome en
igual sentido y por los mismos fundamentos.

Voto por la afirmativa.

**A la misma primera cuestión planteada el señor Juez,
doctor Sal Llargués, dijo:**

Adhiero al voto de los colegas preopinantes
expidiéndome en igual sentido y por los mismos
fundamentos.

Voto por la afirmativa.

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

I.- Cuestiona la Defensa ante esta Sede, en primer
lugar, que el Tribunal de mérito ha incurrido en absurda
valoración probatoria al tener por comprobada la
participación del imputado Fernández en el hecho que nos
ocupa, criticando la valoración que los sentenciantes

efectuaran respecto de los elementos de prueba obrantes en el legajo.

En el caso, fue sobre la base de una pluralidad de indicios, graves, serios y concordantes que el *a quo*, despejando toda duda, formó su convicción sincera en orden a la autoría en el evento.

Así, surge de la primera y segunda cuestión del veredicto, que quedó acreditado que el día 23 de septiembre de 2007 siendo aproximadamente las 20:15hs, en la intersección de las arterias De Los Aromos y De los Geranios de la localidad de Ciudad Jardín, Palomar, Partido de Tres de Febrero, Provincia de Buenos Aires, dos sujetos masculinos, interceptaron e intimidaron a María Paula Tosoratti y a Adrián Marcelo Cardozo, exhibiéndole uno un arma de fuego, haciendo el otro ademán de extraer un arma de entre sus ropas, para luego tomar de los cabellos a Tosoratti; exigiéndoles sus pertenencias, apoderándose ilegítimamente de la cartera de aquella que contenía en su interior el documento nacional de identidad, teléfono celular, y un carnet de la obra social; y de la mochila que llevaba Cardozo con prendas varias en su interior y un carnet de la obra social, tras lo cual se dieron a la fuga.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

La autoría de Fernández, surgió de los siguientes elementos de convicción: de la prueba incorporada por lectura en la audiencia de debate; y de las declaraciones brindadas por Adrián Marcelo Cardozo, María Paula Tosoratti, Marcelo Víctor Mora, Néstor Javier Palacios y Miguel Ángel Mosso. Los mencionados testigos en el transcurso de sus declaraciones en el debate, identificaron y señalaron inequívoca y fehacientemente en la Sala de Audiencias, a Fernández como uno de los autores del acaecido. La autoría del imputado asimismo queda probada en la causa con el testimonio de Adrián Marcelo Cardozo, quien tuvo la posibilidad de ver al sujeto que lo asaltara a muy corta distancia, dando detalles sobre la descripción y vestimenta de aquél. Este elemento directo encuentra corroboración en la circunstancia de ser habido en su poder parte del botín sustraído, tratándose específicamente de la mochila que le fuera arrebatada a Cardozo. A su vez, la credibilidad que el "a quo" afirmara de aquel relato expuesto en el debate bajo el debido contralor de las partes, escapa al

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

control de los jueces que integramos este Tribunal.

Es que, es doctrina inveterada de esta Sede (en sintonía con el fallo "Casal" de la Corte Suprema de Justicia Nacional) que la credibilidad de los testigos es materia propia de los jueces que han tomado contacto directo con el material probatorio a través del juicio o debate oral, salvo absurdo que en el caso no se advierte (cf. precedente n° 9.605 "Cabeza" de esta Sala I, entre otros).

En fin, no advierto quiebres lógicos, jurídicos o apreciativos en el razonamiento del *a quo*, ni surge del análisis racional de los elementos meritados la situación de duda que se denuncia.

Por lo expuesto el resultado objetivo de la prueba rendida, no evidencia fisura lógica como para tenerlo por absurdo o arbitrario, lo que autoriza a concluir la razonabilidad de las consideraciones del "a-quo" al respecto.

II.- Entre los agravios esgrimidos, la Defensa en segundo lugar se refiere a la arbitrariedad en la selección de una agravante, la presentada por la Fiscalía en cuanto al golpe de puño en el pecho de parte de uno de los asaltantes a Cardozo, y el hecho de tomar de los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

cabellos a la otra víctima -Tosoratti-, para que dirigiera su mirada hacia abajo. Respecto a la trompada que recibiera Cardozo, señala que no sólo no hay un informe médico que detalle si le irrogó alguna lesión, sino que tampoco la propia víctima dio precisiones acerca de su magnitud.

En la cuestión quinta del veredicto se consideró innecesaria la violencia desplegada, ya que la mera exhibición del arma doblegó de inmediato cualquier resistencia de las víctimas, logrando mediante ello desapoderarlas de sus efectos personales; no obstante a Cardozo se le aplicó un golpe de puño y a Tosoratti se le tiró del pelo obligándola a que mire en dirección al suelo, ambas conductas exceden el marco que resulta del propio injusto, y más aún si se considera que la trompada fue propiciada con posterioridad al robo y en el momento en que el encartado se estaba retirando del escenario delictual.

Las pautas de agravación así como las de atenuación, que se contemplan en el *quantum* punitivo, siguen siendo

parte de la tarea propia e indelegable de los jueces. Destaco además que tampoco advierto que el "a quo" haya incurrido en infracción legal alguna (cf. arts. 40 y 41 del C.P.) al imponer un monto de pena que no resulta arbitrario o desproporcionado en atención a las pautas meritadas y la escala penal resultante de los ilícitos en trato.

En definitiva, entiendo que ha existido por parte del juzgador adecuado tratamiento del tópico cuestionado, motivándose válidamente la existencia de las circunstancias alegadas, mediante nutrida prueba, sin que la parte recurrente haya logrado evidenciar quebrantamiento lógico-crítico en el punto.

III.- Los nuevos motivos de agravio deducidos por la Defensa de Casación deben rechazarse por resultar extemporáneos (cfr. mi criterio sentado en el precedente 8646 de esta Sala I "Gianasi"), no obstante lo cual siendo mi postura minoritaria me abocaré a su tratamiento.

a) Menciona la Defensa que amplía los motivos traídos en el recurso originario respecto de la errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P., en lo que respecta al criterio adoptado en la sentencia recurrida



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

al computar como agravante la nocturnidad. A su modo de ver el Tribunal a quo acudió a una noción generalizada en la que reposa la idea común de aprovechamiento o facilitación calculada por el agente en su propósito ilícito. Pero esto último no ocurre en el caso. De tal modo, el sentenciante no argumentó razón suficiente alguna que autorice su aplicación con arreglo a las circunstancias particulares del delito en tratamiento.

La nocturnidad ha sido correctamente sopesada toda vez que como lo tiene sostenido esta Sede en causa n° 31.988 que: *"La nocturnidad es una circunstancia que, objetivamente considerada, puede tanto facilitar 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 que debe repercutir en la graduación consecuente de la pena (Sala II, sent. del 28/10/03 en causa 11798, "Juárez"); todo esto aún cuando no haya sido procurado o aprovechado*

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

por el autor" (Sala II, sent. del 11/9/03 en causa 11920, "Lagos"; ídem del 6/7/04 en causa 13527, "Farías").

El a quo en la quinta cuestión del veredicto manifiesta que "Lleva razón la Fiscalía al ponderar la nocturnidad como factor de agravación de la pena a imponer, -circunstancia por otra parte no objetada-, en tanto el amparo de las horas nocturnas facilita la perpetración e impunidad, como es el caso respecto del consorte de causa".

Rechazo este punto de agravio.

b) Por otro lado requiere que se proceda a declarar la inconstitucionalidad de la reincidencia -puntualmente, del art. 50 del C.P., en función de las consecuencias que el art. 14 del mismo cuerpo legal impone-, por importar una infracción a la prohibición del bis in idem (art. 18 CN) y al principio del hecho y de culpabilidad por él (arts. 18 y 19 CN).

Así, en lo concerniente a la constitucionalidad de la reincidencia, como lo he sostenido en causa N° 10039 en concordancia con dicho en causa n° 8410, con la adhesión del doctor Piombo, que:

"Quien comete un delito pese a contar en su experiencia vital con una vivencia que -como la condena y pena sufridas-, le permite comprender



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

más claramente la criminalidad de su acto, revela un mayor grado de culpabilidad válidamente merituable al momento de fijar el nuevo reproche."

"Sin que ello importe un mero argumento de autoridad, entiendo con nuestra Corte Nacional que "...lo que se sancionaría con mayor rigor sería exclusivamente la conducta puesta de relieve después de la primera sentencia no comprendida ni penada -como es obvio- en ésta..." (C.S.J. 16/8/88); que "...la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito..." y que "...es evidente que esta insensibilidad ante la eventualidad de un nuevo reproche penal, no formó parte de la valoración integral efectuada en la primera sentencia condenatoria, por lo que mal puede argüirse que se ha vuelto a juzgar y sancionar la misma conducta..." (C.S.J., 16/8/88)."

"Se ha dicho también, en el mismo sentido, que "...el principio non bis in idem prohíbe la aplicación de la pena en el mismo hecho, pero 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 que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal..." (Fallos 311:553; 311:1451, entre otros)."

"Y no es cierto que por esta vía se ponga a cargo del individuo un error debido al Estado (el fracaso en el tratamiento penitenciario), desde que el reproche se agrava no porque el tratamiento haya sido ineficaz sino porque, en ejercicio de su libre albedrío, el individuo decide cometer un nuevo delito pese a contar con una experiencia que le permite comprender más claramente la criminalidad de su ilícito."

"No se agrava el reproche por la conducción de vida o por la enemistad con el derecho sino por la mayor culpabilidad evidenciada en la comisión del nuevo delito."

"Y tampoco se incurre en petición de principio al sostener que la reincidencia no viola el "ne bis in idem" porque al legislador no le está prohibido tomar en cuenta la anterior condena - entendida ésta como un dato objetivo y formal- a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento penitenciario puesto que, en definitiva, si bien se mira, lo que se afirma es que, en los hechos, no media agravamiento de la pena sino, eventualmente, distinto modo de cumplirla."

También corresponde el rechazo de este punto de agravio.

Por todo lo desandado, voto esta cuestión por la negativa.

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

Reiterando que los agravios de contenido



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

constitucional deben merecer siempre tratamiento, y que la violencia que requiere la figura del robo descalifica cualquier agravación que finque sobre ese particular, adhiero en todo lo demás al doctor Natiello.

Voto parcialmente por la afirmativa.

A la misma segunda cuestión planteada el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:

Entiendo que la valoración de las pruebas efectuada por el *a quo* no demuestra contradicciones, absurdos ni ilogicidades, como lo pretende el recurrente, por lo cual adhiero al voto que abre el acuerdo.

Estimo, por otra parte, acompañando el sufragio del voto del doctor Piombo, que la violencia que recayera sobre las víctimas no supera las previstas por el artículo 164 del Código Penal, el que, como figura básica del tipo de robo agravado por el empleo de arma, es absorbido en un concurso impropio por consunción y especialidad. De modo que la violencia que trueca en robo al apoderamiento ilegítimo de la cosa mueble ajena, por

más que el autor utilice un arma, no puede ser valorada como circunstancia agravante sin violentar la prohibición de doble valoración.

Respecto del agravio postulado por la Defensa Oficial ante esta sede, considero que debe acogerse aun cuando soy conocedor que mi opinión representa la minoría del acuerdo. Me he pronunciado reiteradamente por la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia en las causas nros. 23898, "Pratto Lavechia, Omar E." y 2558, "Maidana, Rafael O.", entre otros precedentes, a cuyos argumentos me remito en honor a la brevedad, lo que me impide utilizar los antecedentes del imputado como circunstancia agravatoria de la pena, lo que, por otra parte, emergería como una violación al *ne bis in idem*.

Voto parcialmente por la afirmativa.

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

Visto el modo como han sido resueltas las cuestiones precedentes y dejando a salvo mi opinión, corresponde: 1) declarar admisible el recurso de Casación planteado a favor de Daniel Lorenzo Fernández; 2) por mayoría casar parcialmente la sentencia de grado obliterando la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

agravante referida a la violencia desplegada y dejando a salvo mi opinión sentada en causa N° 5611 fijar la pena a Daniel Lorenzo Fernández en cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas, manteniendo el resto de las declaraciones contenidas en el fallo, sin costas en esta instancia. (Arts. 209, 210, 233, 373, 448, 450, 451, 456, 460, 530 y 532 del C.P.P.; 40, 41, 50 y 166 inc. 2° último párrafo del C.P.).

Así lo voto.

A la misma tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Piombo, dijo:

Adhiero al voto del doctor Natiello expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la misma tercera cuestión planteada el señor Juez, doctor Sal Llargués, dijo:

Adhiero al voto de los colegas preopinantes expidiéndome en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

S E N T E N C I A

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede la Sala Primera del Tribunal resuelve:

I.- Declarar admisible el recurso de Casación planteado a favor de Daniel Lorenzo Fernández.

II.- Por mayoría casar parcialmente la sentencia de grado obliterando la agravante referida a la violencia desplegada y fijar la pena a Daniel Lorenzo Fernandez en cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas, manteniendo el resto de las declaraciones contenidas en el fallo, sin costas en esta instancia.

Arts. 209, 210, 233, 373, 448, 450, 451, 456, 460, 530 y 532 del C.P.P.; 40, 41, 50 y 166 inc. 2° último párrafo del C.P.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Regístrese. Notifíquese. Remítase copia certificada de lo aquí resuelto al tribunal de origen. Oportunamente remítase.

VB/V.E.

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA