

SENTENCIA. Fundamentación en base a prueba indiciaria. Valoración conjunta. Forma de cuestionarla. RECURSO DE CASACIÓN. Motivo formal. Agravio relativo a la vulneración de las reglas de la sana crítica racional (art. 413 inc. 4° del C.P.P.): fundamentación. Facultades discrecionales del Tribunal de Juicio. Individualización judicial de la Pena: Estándar de revisión. PENA. Etapas de individualización. Individualización judicial. Potestad discrecional reglada del Tribunal interviniente. Motivación ilegal: vulneración del principio de igualdad ante la ley, valoración de la falta de confesión como agravante. **IGUALDAD ANTE LA LEY. Marco normativo. Concepto. Implicancias. Pautas para valorar la razonabilidad de la desigualdad de trato. Forma de invocar su vulneración.**

I. Desde que hoy en día está fuera de discusión la posibilidad de alcanzar la certeza sobre la participación del imputado valiéndose de indicios, con la condición que éstos sean unívocos y no anfibológicos, para poder cuestionar la fundamentación en tales casos, se hace necesario el análisis en conjunto de todos los indicios valorados y no en forma separada o fragmentaria. Así lo ha dicho el más Alto Tribunal de la Nación: *“cuando se trata de una prueba de presunciones... es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del hecho al que se vinculan - en cuyo caso no cabría hablar con propiedad de este medio de prueba- y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ambivalentes”*.

II. Si la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al Tribunal de mérito –entre otros recaudos– tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio, y efectuar dicha ponderación conforme la sana crítica racional (art. 193 C.P.P.), resulta claro que el recurso que invoca la infracción a las reglas que la integran –lógica, psicología, experiencia– debe también contraponer un análisis de todo el cuadro convictivo meritado, y en función de éste, a su vez, evidenciar la decisividad del vicio que se denuncia (art. 413 inc. 4°, C.P.P.). De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que se contente sólo con reproches aislados que no atiendan al completo marco probatorio o que esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de aquél. En tales supuestos, al no efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica no alcanza a enervarla y la decisión transita incólume el control casatorio.

III. La facultad discrecional de fijar la pena resulta revisable en casación en supuestos de arbitrariedad. Dentro de ese estrecho margen de recurribilidad, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de motivación de la

sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva. La revisión casatoria se extiende también al monto de la pena cuando éste resulta manifiestamente desproporcionado con la magnitud del injusto y de la culpabilidad si se aprecia como incongruente conforme a las circunstancias seleccionadas. El ejercicio de la facultad discrecional de fijar la pena se encuentra condicionado sólo a que la prudencia pueda ser objetivamente verificable, y que la conclusión que se estime como razonable no aparezca irrazonable respecto de las circunstancias de la causa, extremo éste demostrativo de un ejercicio arbitrario de aquellas potestades.

IV. Desde que hoy en día está fuera de discusión la posibilidad de alcanzar la certeza sobre la participación del imputado valiéndose de indicios, con la condición que éstos sean unívocos y no anfibológicos, para poder cuestionar la fundamentación en tales casos, se hace necesario el análisis en conjunto de todos los indicios valorados y no en forma separada o fragmentaria. Así lo ha dicho el más Alto Tribunal de la Nación: *“cuando se trata de una prueba de presunciones... es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del hecho al que se vinculan - en cuyo caso no cabría hablar con propiedad de este medio de prueba- y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ambivalentes”*.

V. Las fases de determinación legislativa, judicial y de ejecución de la pena, importan la progresión de un único proceso de individualización para el caso concreto. En lo que concierne a la individualización judicial, el legislador ha dejado al juez un margen de discrecionalidad para dicha tarea. En primer término para seleccionar la especie, cuando se conminan penas alternativas. En segundo lugar, para la fijación de su monto, cuando se conminan penas divisibles por su duración o cantidad. Por fin, para decidir cuando impone una pena de prisión que no exceda de tres años, su cumplimiento efectivo o su suspensión condicional. Pero en todos los casos, la discrecionalidad del Juez está reglada, por cuanto la ley le suministra un conjunto de circunstancias que debe ponderar para la determinación de la especie, monto y modo de cumplimiento de la pena.

VI. El primer marco que acota la potestad prudencial del Juez para individualizar la pena es aquel construido por las normas de jerarquía constitucional. Entre ellas –y entre otras- se encuentra el artículo 16 de la Carta Magna, según el cual en nuestra Nación *“todos sus habitantes son iguales ante la ley”*.

VII. En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.) veda la discriminación injustificada o irrazonable de trato. La norma no implica que en todos los casos se otorgue un tratamiento legal igual con

abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, siempre que la diferencia de tratamiento esté justificada legal y constitucionalmente y no sea desproporcionada con el fin que se persiga. En definitiva, la protección del derecho de igualdad, del derecho constitucional a la no discriminación, se apoya en dos elementos que han de ser objeto de análisis: si la diferencia de trato está dotada de una justificación objetiva y razonable, es decir si posee una justificación legal y constitucional suficiente; y si existe la debida proporcionalidad entre la distinción de trato que se efectúa y los objetivos que con ella se persiguen.

VIII. Si dos imputados fueron elevados a juicio ante una misma Cámara en lo Criminal por un solo hecho en coautoría, y a raíz de la solicitud de juicio abreviado efectuada por uno de ellos se separaron los juicios, no debe perderse de vista que fueron juzgados por un hecho idéntico, con lo cual a la luz de los artículos 40 y 41 del CP el elenco “disponible” de circunstancias objetivas era igual y el de las subjetivas era similar. Lo único que desbalanceaba de manera dirimente era la confesión de uno de ellos. Al juzgarse luego al otro, la motivación de esta condena no podía soslayar toda referencia a la pena impuesta en la sentencia recaída en el juicio abreviado en relación al primero, menos aún si el resultado final era una franca incongruencia en la respuesta jurisdiccional un mismo caso: una pena para el que se sometió al juicio común casi duplicaba la sanción del otro.

IX. La confesión del imputado, por su aporte al proceso o por el arrepentimiento que encierra, puede ser razonablemente computada como atenuante y la experiencia común enseña que los tribunales acuden usualmente a ella para aliviar la consecuencia punitiva. Pero es claro que la *falta de confesión* no puede ser valorada como agravante. Si entre dos personas condenadas por un mismo delito la única circunstancia de mensuración que computa a favor de uno es su confesión, y sin ninguna reflexión sobre lo idéntico del caso y demás circunstancias, se cuantifican penas sensiblemente diferentes, queda en evidencia un trato desigual cuya única justificación apreciable (la confesión) resulta a todas luces desproporcionada. Tal cuantificación de la pena se sustenta en una motivación ilegítima, vulneratoria del principio de igualdad contenido en el artículo 16 de la Constitución Nacional.

TSJ, Sala Penal, “*Díaz, Pedro Rafael p.s.a. robo calificado por efracción – Recurso de Casación*”, S. n° 38, 04/03/2013. Vocales: Tarditti, Cafure de Battistelli, Blanc G. de Arabel.

SENTENCIA NUMERO: TREINTA Y OCHO

En la Ciudad de Córdoba, a los cuatro días del mes de marzo de dos mil trece, siendo las diez horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos **“DÍAZ, PEDRO RAFAEL P.S.A. ROBO CALIFICADO POR EFRACCIÓN -RECURSO DE CASACIÓN-”** (Expte. “D”, 39/2012), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Sr. Asesor Letrado Penal del 13° Turno –Dr. Erik Griotto- en su condición de defensor del imputado Pedro Rafael Díaz, en contra de la Sentencia número doce, de fecha veintidós de marzo de dos mil doce, dictada por la Cámara en lo Criminal de Tercera Nominación de esta Ciudad.

Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

1º) ¿Es nula la sentencia impugnada por vulnerar el principio de razón suficiente?

2º) ¿Es nula la sentencia impugnada en cuanto al monto de la pena impuesta?

3º) ¿Qué solución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: doctoras

Aída Tarditti, María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:

I. Por Sentencia n° 12, de fecha 22 de marzo de 2012, la Cámara en lo Criminal de Tercera Nominación de esta Ciudad –integrada en Sala Unipersonal– resolvió, en lo que aquí interesa, condenar a Pedro Rafael Díaz a la pena de cinco años de prisión, con declaración de reincidencia, accesorias de ley y costas, por hallarlo responsable del delito de robo calificado por efracción (arts. 45, 150, 167 inc. 3°, 55, 5, 9, 12, 40, 41 y 50 CP; 550 y 551 CPP) (fs. 391 vta.).

II. Contra dicha resolución, el imputado Pedro Rafael Díaz manifestó su voluntad impugnativa a través de un escrito sin firma de letrado (fs. 404/406), la que fue encauzada técnicamente por el Sr. Asesor Letrado Penal del 13° Turno - Dr. Erik Griotto- a fs. 409 y ss.

El defensor oficial deduce recurso de casación por el motivo formal previsto en el inciso 2° del artículo 468 del CPP, por entender que la condena violenta el principio de razón suficiente en cuanto concierne a la participación de su asistido.

Explica que el Tribunal consideró “increíble” la postura exculpatoria esgrimida por Díaz al declarar que recién dio su versión un año después de su detención por consejo de sus defensores, pero que ello no deja de ser una

circunstancia posible dentro de toda relación abogado-cliente, en la que se ponen en juego varias cuestiones, entre las cuales está el sentido de oportunidad para llevar adelante un determinado acto procesal como lo es prestar declaración y obtener el testimonio de la señora Santillán (fs. 411 y vta.).

Indica que tampoco desvirtúa lo alegado por Díaz la deposición de la damnificada Sabrina Carrizo Ferreira en cuanto a que cuatro días después del hecho se hizo presente un hombre que dijo ser hermano de Díaz para pedirle que levantara la denuncia. Es que no se ha podido determinar quién era esa persona ni mucho menos su vínculo con el imputado, más aún si quien se presentó en su domicilio le solicitó clemencia con su hermano por tener un hijo enfermo y ser el único sostén de la familia, mientras que Díaz es soltero y no tiene hijos (fs. 411 vta.).

Niega que tenga dirimencia que el coimputado Carrasco haya confesado el hecho tal como consta en la pieza acusatoria, ya que dicho asentimiento puede obedecer a una multiplicidad de factores; la experiencia indica que muchas veces un acusado de un ilícito prefiere hacerse cargo de un hecho aunque no lo haya cometido, sólo para obtener una reducción en la pena que se le imponga. Resalta que a Carrasco se lo condenó por este hecho a la pena de tres años y un mes de prisión, mientras que a Díaz se lo condenó a cinco años (fs. 412).

De otro costado, el recurrente pasa a referirse al planteo de nulidad deducido en contra del reconocimiento personal efectuado por la víctima respecto

de Pedro Rafael Díaz a fs. 74, como así también al de los objetos secuestrados (fs. 6 y 7). Recuerda que previo al acto procesal, la víctima fue invitada por parte del Of. Ayte. Armanino a ver a los aprehendidos, entre los que se hallaba Díaz, mientras se encontraban en una habitación de la Comisaría, esposados y de perfil, ocurriendo otro tanto con la máquina fotográfica y la motocicleta secuestradas, tal como surge de los testimonios de la damnificada y del Cabo Muñoz. Estas exhibiciones previas son violatorias del derecho de defensa en juicio del imputado, puesto que el reconocimiento -de personas y de objetos- son actos definitivos e irreproductibles (fs. 412 y vta.).

Argumenta el defensor que la nulidad de estos reconocimientos proyecta sus efectos a los indicios valorados en contra del encartado. En efecto, se meritó la prontitud con la que la autoridad policial llegó al lugar del hecho y manejó información de importancia para iniciar la persecución, información que consistió en la descripción física y de la vestimenta de los sujetos que se fugaban en una motocicleta color lila en dirección a la colectora de B° Parque Liceo 3° Sección. Ahora bien, luego de aproximadamente ocho minutos, es individualizada por personal policial un rodado que respondería a aquella descripción con dos sujetos a bordo en el quemadero de B° Gral. Mosconi. En tal oportunidad se secuestró una cámara fotográfica del interior de un bolso. Sin embargo, la correspondencia de esto con los datos brindados por la damnificada no puede corroborarse ya que la nulidad de los reconocimientos de persona y

objetos impide afirmar que los sujetos aprehendidos y los objetos secuestrados sean los mismos que los descritos por la víctima (fs. 412 vta.).

Concluye el impugnante que no hay prueba independiente que compruebe los dichos de Carrizo Ferreira, y por ende la condena deviene arbitraria y debe ser invalidada (fs. 413 y vta.).

III. La argumentación construida por el recurrente no es de recibo porque en lugar de ofrecer una visión crítica sobre la totalidad del marco convictivo meritado por la sentenciante, basa su estrategia defensiva en análisis parciales que desatienden la univocidad que emana de su apreciación integrada.

1. Sobre el punto, esta Sala ha dicho que si la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al Tribunal de mérito –entre otros recaudos– *tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio* (DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal*, Depalma, 1994, p. 140; T.S.J., Sala Penal, S. n° 44, 8/06/00, “Terreno”, entre muchos otros), y efectuar dicha ponderación *conforme la sana crítica racional* (art. 193 C.P.P.), resulta claro que el recurso que invoca la infracción a las reglas que la integran –lógica, psicología, experiencia– debe también contraponer un análisis de **todo el cuadro convictivo meritado**, y en función de éste, a su vez, evidenciar la **decisividad** del vicio que se denuncia (art. 413 inc. 4°, C.P.P.). De allí que resulte inconducente una argumentación impugnativa que se contente sólo con reproches aislados que no atiendan al completo marco probatorio o que

esgrima un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de aquél. En tales supuestos, al no efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica no alcanza a enervarla y la decisión transita incólume el control casatorio (T.S.J., Sala Penal, "Martínez", S. n° 36, 14/03/2008; "Fernández", S. n° 213, 15/08/2008; "Crivelli", S. n° 284, 17/10/2008; "Brizuela", S. n° 89, 23/04/2009).

Estas exigencias adquieren mayor vigor cuando se trata de una sentencia fundada en prueba indiciaria, puesto que desde que hoy en día está fuera de discusión la posibilidad de alcanzar la certeza sobre la participación del imputado valiéndose de indicios, con la condición que éstos sean unívocos y no anfibológicos (T.S.J., Sala Penal, S. n° 41, 27/12/84, "Ramírez"; A. n° 109, 5/5/00, "Pompas"; A. n° 397, 18/10/01, "Tabella"; A. n° 176, 7/6/02, "López", entre muchos otros), para poder cuestionar la fundamentación en tales casos, se hace necesario el análisis en conjunto de todos los indicios valorados y no en forma separada o fragmentaria (T.S.J., "Simoncelli", S. n° 45, 29/07/1998; "Pompas", A. n° 109, 05/05/2000; "Caballero", A. n° 95, 18/4/2002; "Torres", A. n° 1, 02/02/2004; "Risso Patrón", S. n° 49, 01/06/2006; "Raña", S. n° 32, 05/03/2009, entre muchos otros).

Así lo ha dicho el más Alto Tribunal de la Nación: *“cuando se trata de una prueba de presunciones... es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del*

hecho al que se vinculan -en cuyo caso no cabría hablar con propiedad de este medio de prueba- y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ambivalentes” (C.S.J.N., “Martínez, Saturnino”, 7/6/88, Fallos 311:948; T.S.J., Sala Penal, "Vissani", A. 32, 24/02/1999, "Pacheco", S. n° 44, 28/03/2007; "Calassan", S. 16, 28/02/2008; "Bartolucci", S. n° 97, 27/04/2009; “Montagut”, S. n° 336, 9/12/2010; “Dávila”, S. n° 178, 25/07/2012, entre otros).

2. Examinada la argumentación defensiva bajo el prisma arriba señalado, se pone de manifiesto que la misma se ha estructurado sobre la base de una dispersión argumentativa que pretende hacer foco en la debilidad individual de algunos indicios, para dar por acreditada la intervención de Díaz en el hecho, omitiendo dirigir el embate hacia el modo en que el Tribunal *a quo* ha interrelacionado las diversas premisas de su razonamiento evidenciando la confluencia de los distintos elementos de convicción. Es esta convergencia la que da sustento a la condena que causa agravio, y es precisamente lo que ha quedado sin controversia que la ponga en jaque.

En efecto, cierto es que resulta “posible” que la aparición –un año después- de una familiar que pudiera servir de hábil coartada se haya debido a una decisión de estrategia profesional de los anteriores defensores. También es factible que la persona que se presentara en el domicilio de Carrizo Ferreira pidiendo clemencia para Díaz no fuera su hermano o ni siquiera lo conociera. Igualmente puede haber ocurrido que Carrasco haya efectuado un llamado en

codelincuencia por razones personales que no se correspondieran con la verdad de la plataforma acusatoria, y que la motocicleta de infrecuente color hallada escasos minutos después por los uniformados con dos sujetos a bordo con características fisonómicas acordes a las aportadas por la damnificada y que llevaban en un bolso una máquina de fotos de la misma marca y descripción que la sustraída se trate de una caprichosa coincidencia producto del azar.

Pero esta ambivalencia aislada de cada indicio, deja de ser tal, en cuanto se efectúa la ponderación injusta, en tanto semejante concurrencia de “azar”, o “posibilidades”, se presenta como carente de toda razonabilidad. Máxime que existe otros indicios que sustentan el fallo y de los cuales resulta razonable que a partir de dichos elementos de juicio –entre otros más que reseñaremos más abajo– el Juzgador haya derivado la conclusión de responsabilidad de Díaz. Basta para ello acudir al resumen que consigna la propia Cámara a fs. 388 vta., donde enumera sintéticamente los indicios que seleccionó y valoró: *“el lugar donde se concretó la aprehensión de los acusados es conteste con la dirección aportada por la víctima al momento de hacerse presente la autoridad policial. Asimismo el escaso tiempo transcurrido entre la comisión del hecho y el momento en que se efectuó la aprehensión de los acusados (la víctima hizo la llamada a las 12:01 hs. y los sujetos... son avistados en el lugar de su aprehensión a las 12.13 hs.). La cercanía existente entre el lugar de comisión del hecho y el lugar donde se concretó la aprehensión del acusado... La coincidencia en la descripción física*

de los acusados, ocurriendo otro tanto respecto de las vestimentas que portaban, incluido el detalle de la gorra que llevaba puesta Díaz. Finalmente, el indicio relativo a la coincidencia entre las características de la motocicleta en la que emprendieron la huida los imputados, así como la coincidencia de la máquina de fotos digital secuestrada (digital de color gris marca “Sony”), la que era llevada en el bolso negro que tenía cruzado en el pecho justamente quien conducía (Díaz)...”.

De lo expuesto se sigue que el esfuerzo recursivo no logra desmoronar la contundencia probatoria que emana de la aprehensión en cuasiflagrancia de los encartados. Ello, no obstante la declaración de nulidad de los reconocimientos en rueda de personas y de objetos en virtud de la irregular actuación del policía Armanino. En cuanto a lo primero, prescindiendo de la exhibición previa e indebida de los detenidos, el sentenciante reparó en que la descripción física proporcionada por la víctima al dar aviso a la policía se compadecía tanto con las características que presentaban Carrasco y Díaz al ser interceptados en la motocicleta, como con las que luego proporcionara en su primera declaración, con el aspecto fisonómico del encartado en las fotografías tomadas al momento de su aprehensión, y con la sindicación en la sala de audiencias. La misma coincidencia fue señalada en torno a la motocicleta (“*tenía colores fluo a los costados*”, en correspondencia con el acta de secuestro y fotografías -fs. 7, 154/155-), y la cámara digital (marca y color), que llevaba Díaz en un bolso

negro, en relación al cual debe también tenerse presente que Carrizo Ferreira dijo que al momento del hecho el sujeto que salió primero, el más gordo, el que “no dijo nada”, llevaba un bolso negro cruzado en el pecho.

Como se aprecia, la conclusión condenatoria se sustenta con suficiencia sin necesidad siquiera de acudir al indicio de mala justificación, ni a la presentación de un supuesto hermano de Díaz pidiendo a la damnificada que “levantara” la denuncia, ni al llamado en codelincuencia formulado por Carrasco al ser enjuiciado. La pretensión defensiva, por su parte, resulta improcedente en tanto postula una argumentación fragmentada del cuadro probatorio.

Voto, pues, negativamente.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA SEGUNDA CUESTION:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:

I. De manera subsidiaria al agravio anterior, y manteniéndose bajo el motivo formal de casación, el recurrente denuncia la nulidad parcial de la

sentencia por falta de fundamentación respecto de la individualización de la pena impuesta a Pedro Rafael Díaz (fs. 413 vta.).

Expone consideraciones generales acerca de la debida motivación del juicio de mensuración de la sanción (fs. 414 y vta.), y considera que aún cuando las reglas de la autoría y participación permitan imputar el delito en común, es posible hacer distinciones en cuanto a la intervención efectiva que cupo a cada uno de los partícipes en el rol efectivamente desempeñado durante el hecho. En el caso, se dio por acreditado que fue Carrasco quien amedrentó a la víctima, pero esta amenaza ha operado de manera cargosa en contra de Díaz. Señala, al mismo tiempo, que a Carrasco no se le valoró esta circunstancia en su contra en la sentencia n° 1/2012, dictada por otra Sala Unipersonal del mismo Tribunal (fs. 414 y vta.).

Asimismo, reprocha que se haya ponderado que a la fecha del hecho la víctima vivía sola por haberse separado nueve meses atrás, ya que se trata de una circunstancia que no constituye un aspecto objetivo del hecho ni una calidad del autor, y por ello no resulta reveladora de una mayor o menor peligrosidad de Díaz (fs. 415 y vta.).

Además, refiere que se meritó el daño moral provocado a la víctima, a raíz de la sensación de seguridad que le causó. Señala al respecto que en el proceso no hubo constitución en parte civil, lo que muestra la falta de interés de la víctima en la indemnización del daño; ese daño moral tampoco está cuantificado,

por lo que resulta imposible vincularlo a la culpabilidad de Díaz, y además no surge de la materialidad del hecho tenido por acreditado y se limita a las referencias efectuadas por Carrizo Ferreira. Tampoco se ha explicitado por qué se ha seleccionado en el caso dicho daño moral como circunstancia agravante ni se ha indicado en qué medida incide en la intensidad de la sanción a aplicar. Agrega que el daño moral ha sido mencionado por el Tribunal en dos oportunidades (fs. 416).

Por último, resalta que al coimputado Carrasco se le impuso por el mismo hecho una pena de tres años y un mes de prisión. Más allá de la actitud procesal asumida por Carrasco al confesar el hecho, lo cierto es que dicha circunstancia luce exageradamente desproporcionada en perjuicio de Díaz, constituyendo ello una irritante arbitrariedad (fs. 416 y vta.).

II.1. Se ha dicho que la facultad discrecional de fijar la pena resulta revisable en casación en supuestos de arbitrariedad. Dentro de ese estrecho margen de recurribilidad, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de **falta de motivación** de la sentencia, de **motivación ilegítima** o de **motivación omisiva** (T.S.J., Sala Penal, “Carnero”, A. n° 181, 18/05/1999; “Esteban”, S. n° 119, 14/10/1999; “Lanza Castelli”, A. n° 346, 21/09/1999; “Tarditti”, A. n° 362, 06/10/1999, entre otros).

La revisión casatoria se extiende también al monto de la pena cuando éste resulta manifiestamente desproporcionado con la magnitud del injusto y de la

culpabilidad si se aprecia como incongruente conforme a las circunstancias seleccionadas (T.S.J., Sala Penal, “Ceballos”, S. n° 77, 7/06/1999, “Robledo de Correa”, S n° 33, 7/05/2003, “Aguirre”, S n° 59, 28/06/2005).

Asimismo, el ejercicio de estas facultades discrecionales se encuentra condicionado sólo a que **la prudencia pueda ser objetivamente verificable**, y que **la conclusión que se estime como razonable no aparezca irrazonable** respecto de las circunstancias de la causa, extremo éste demostrativo de un ejercicio arbitrario de aquellas potestades (T.S.J., Sala Penal, "Villacorta", S. n° 3, 11/2/2000; “López”, S. n° 141, 2/11/2006).

2. La crítica a la cuantificación de la pena de prisión cuestiona que se hayan seleccionado a tales fines ciertas circunstancias (la amenaza proferida por Carrasco a la víctima; que la mujer vivía sola luego de una reciente separación; el daño moral causado), pero además reprocha la diferencia entre la pena impuesta en distintos juicios, por un mismo hecho, a ambos partícipes.

Invirtiendo el orden propuesto por el recurrente, comenzaré el análisis por este último extremo: la imposición de una pena de tres años y un mes de prisión a Carrasco y de cinco años de prisión a Díaz, por el mismo hecho, ¿es ajustada a derecho?

La respuesta se inclina a favor del impugnante a poco que se amplíe el horizonte normativo dentro del cual se sitúa el problema.

a) Hemos sostenido que las fases de **determinación legislativa, judicial y de ejecución de la pena**, importan la progresión de un **único proceso de individualización** para el caso concreto (BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. Y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán: "*Lecciones de derecho penal*", Madrid, 1997, vol. I, pp. 194 y 195; AROCENA, Gustavo A., "*La relativa indeterminación de la pena privativa de la libertad durante su ejecución y el rol del Juez de Ejecución Penal en la individualización penitenciaria de la sanción*", *Zeus Córdoba*, N° 289, año VII, 29 de abril de 2008, Tomo 12, p. 338).

En lo que concierne a la individualización judicial, el legislador ha dejado al juez un margen de discrecionalidad para dicha tarea. En primer término para seleccionar la especie, cuando se conminan penas alternativas. En segundo lugar, para la fijación de su monto, cuando se conminan penas divisibles por su duración o cantidad. Por fin, para decidir cuando impone una pena de prisión que no exceda de tres años, su cumplimiento efectivo o su suspensión condicional. Pero en todos los casos, la discrecionalidad del Juez está **reglada**, por cuanto la ley le suministra un conjunto de circunstancias que debe ponderar para la determinación de la especie, monto y modo de cumplimiento de la pena (T.S.J., Sala Penal, S. n° 23 del 12/03/2007, "Vega").

b) El primer marco que acota esta potestad prudencial del Juez es aquel construido por las normas de jerarquía constitucional. Entre ellas –y entre otras-

se encuentra el artículo 16 de la Carta Magna, según el cual en nuestra Nación “*todos sus habitantes son iguales ante la ley*”.

Esta Sala Penal, con base en la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y en diversos precedentes ("Prosdócimo", S. n° 27, 24/4/98; "Martínez Minetti", S. n° 51, 23/6/00; "Acción de amparo interpuesta por Danguise, Oscar Alfredo c/ A.D.A.C. y otros"; S. n° 82, 20/9/00; "Lavra", S. n° 101, 3/12/2002; “Bachetti”, S. n° 271, 18/10/2010, entre muchos otros), ha afirmado que en nuestro ordenamiento jurídico, el **principio de igualdad ante la ley** (art. 16 C.N.) veda la discriminación **injustificada o irrazonable** de trato. Se destacó a la vez, que la norma debe ser interpretada como lo expusiera destacada doctrina comparada, ya que “*...no implica que en todos los casos se otorgue un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. Toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, siempre que la diferencia de tratamiento esté justificada legal y constitucionalmente y no sea desproporcionada con el fin que se persiga*” (López González, José Ignacio, *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Ediciones del Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Nro. 52, año 1988, pág. 67). En definitiva -se sostuvo en dichos pronunciamientos- la protección del derecho de igualdad, del derecho constitucional a la no discriminación, se apoya en dos elementos que han de ser objeto de análisis: *si la diferencia de trato está dotada de una justificación*

objetiva y razonable, es decir si posee una justificación legal y constitucional suficiente; y si existe la debida *proporcionalidad entre la distinción de trato que se efectúa y los objetivos que con ella se persiguen...*" (T.S.J., Sala Contencioso-administrativo, "Ludueña de Miniki, Esther Elba c/ Provincia de Córdoba", S. n° 68, 23/10/1997; Sala Penal, "Martínez Minetti", S. 51, 21/6/2000; "Danguisse c/ADAC", S. 82, 20/9/2000; "Bachetti", S. n° 271, 18/10/2010, entre otros; cfr. López González, José Ignacio, ob. cit., pág. 67).

c) Al proyectarse esta directriz sobre el **juicio de cuantificación de la pena efectuado en el caso**, sobresalen los siguientes extremos de relevancia:

*Díaz y Carrasco fueron llevados a juicio de manera separada pero por un **mismo y único hecho**. La requisitoria atribuía a ambos roles idénticos en el ingreso al domicilio y la sustracción de los objetos, distinguiéndose únicamente la actitud asumida al salir del domicilio: se narra que mientras Díaz ascendió directamente a la motocicleta para darse a la fuga, Carrasco previamente se dirigió a la víctima Carrizo Ferreyra y *"con la finalidad de procurar su impunidad, le expresó de modo apremiante 'soltá ese teléfono, llegás a llamar a la policía y te mato, te mato, vengo y te mato a vos y a tus dos hijos'..."*.

*Ambos encartados transitaron los actos preliminares de manera conjunta. Sin embargo, el 5/12/2011 compareció Carrasco y manifestó su voluntad de someterse a un **juicio abreviado** (fs. 293). Por dicho motivo -"aparentemente", porque no hay ninguna constancia en el expediente que indique otra causa,

tampoco hay decreto de fijación de fecha de audiencia- con fecha 22/12/2011 ingresó sólo Carrasco a la audiencia de debate, la que se tramitó conforme el artículo 415 de la ley ritual ante la Sala Unipersonal del Dr. Mario Della Vedova. En la discusión final, el Fiscal de Cámara solicitó la pena de tres años y un mes de prisión, declaración de reincidencia, adicionales de ley y costas, por el delito de robo calificado por efracción. El defensor adhirió a las conclusiones del Ministerio Público (fs. 302/303).

*Por Sentencia n° 1 del 6/02/2012, el mencionado Vocal condenó a Carrasco por el hecho que le atribuía la requisitoria, a la pena de tres años y un mes de prisión, con declaración de reincidencia, adicionales de ley y costas. Valoró, a tales efectos, como **atenuantes**, que es una persona joven, trabajadora, tiene un hijo y espera otro con su nueva pareja, y que parte de la *res* furtiva ha sido recuperada. Además, que ha colaborado con la acción de la justicia al confesar lisa y llanamente el hecho acusado y ha manifestado su sincero arrepentimiento. Como **agravantes**, sólo seleccionó su condición de reincidente específico (tres condenas en los años 2001, 2006 y 2010, a seis años y seis meses, un año y tres meses y un año y ocho meses de prisión, respectivamente) (fs. 316 vta./317).

*Fijada nueva fecha de audiencia a cargo de otro miembro de la Cámara – Dr. Alejandro Weiss- (fs. 320), con fecha 7/03/2012 **ingresó Pedro Rafael Díaz a juicio oral** (fs. 330).

*Una vez finalizado el mismo, por Sentencia n° 12 se fijó el hecho acreditado por remisión a la requisitoria fiscal (fs. 390), se dispuso idéntica calificación legal –robo con efracción (art. 167 inc 3° CP)- y se aplicó una pena de cinco años de prisión con declaración de reincidencia, accesorias de ley y costas. En tal sentido, se meritron como **atenuantes** la juventud del imputado, su pareja estable, su origen humilde, su ausencia de adicciones y su instrucción; como **agravantes**, computó la modalidad comisiva del hecho (pluralidad de personas, amenaza a la víctima en presencia de su hija menor), el daño material (no se recuperó el dinero -\$500- ni el reproductor de DVD) y moral causados, como así también la reincidencia específica (una condena del año 2000 a un año y ocho meses de prisión).

Pues bien; de la reseña precedente se extrae que al momento de construir la respuesta punitiva para uno y otro caso, se contaba con **circunstancias objetivas relacionadas al injusto** casi idénticas –puesto que el aporte fijado para cada coautor era el mismo- desbalanceándose en todo caso sólo en perjuicio de Carrasco por haber sido él quien amenazara a la víctima. Si bien en principio nada obsta a que esta amenaza sea también meritada en relación a Díaz en virtud del principio de imputación recíproca, lo cierto es que se trataba de una circunstancia achacable a ambos. El daño causado es también reprochable por igual a ambos coautores, sin embargo, se verifica una curiosa situación: dado que se secuestró en poder de los nombrados parte del botín al ser aprehendidos, el Dr.

Della Vedova meritó como atenuante la *recuperación* parcial de lo robado (la máquina fotográfica), mientras que el Dr. Weiss cargó como agravante la *pérdida* parcial de lo sustraído (el dinero y el reproductor de DVD).

En cuanto respecta a las **circunstancias subjetivas atenuantes**, el panorama es similar: ambos son jóvenes, con pareja, y mientras para Carrasco se computó que tiene hijos, para Díaz se sumó su origen humilde, falta de adicciones e instrucción. Hasta allí, la comparación se mantiene relativamente balanceada. Es en relación a la *confesión* que se quiebra la simetría, ya que sólo Carrasco reconoció el hecho, colaborando con el proceso y mostrándose arrepentido. Díaz, en cambio, lo negó y proporcionó una infructuosa coartada que fue descartada por el sentenciante.

En las **condiciones personales agravantes**, ambos magistrados repararon en que los imputados eran reincidentes específicos: Carrasco contaba con tres condenas y Díaz con una.

d) Huelga aclarar que la sentencia que aquí se encuentra impugnada es la dictada por la Sala Unipersonal a cargo del Dr. Weiss, dado que la anterior – suscripta por el Dr. Della Vedova- ha quedado firme. En virtud de ello, más allá del acierto o error que pudiese contener la cuantificación de la pena formulada en la primera sentencia, lo cierto es que al dictarse la segunda, con posterioridad, lo resuelto en aquella no podía pasar inadvertido, y debía forzosamente incluirse en el razonamiento a fin de dar una respuesta jurisdiccional congruente.

Si los imputados fueron elevados a juicio ante una misma Cámara por un solo hecho en coautoría, y a raíz de la solicitud de juicio abreviado efectuada por uno de ellos se separaron los juicios, no debe perderse de vista que fueron juzgados por un hecho idéntico, con lo cual a la luz de los artículos 40 y 41 del CP el elenco “disponible” de circunstancias objetivas era igual y el de las subjetivas era similar. Lo único que desbalanceaba de manera dirimente era la confesión de Carrasco.

Insisto, sin emitir opinión sobre la corrección de la primera sentencia, lo cierto es que al juzgarse luego a Díaz, por preexistir aquélla, la motivación de esta condena no podía soslayar toda referencia a dicha decisión, menos aún si el resultado final era una franca incongruencia en la respuesta jurisdiccional un mismo caso: **una pena para Díaz que casi duplicaba la sanción de Carrasco.**

Vale decir que la **confesión del imputado**, por su aporte al proceso o por el arrepentimiento que encierra, puede ser razonablemente computada como atenuante y la experiencia común enseña que los tribunales acuden usualmente a ella para aliviar la consecuencia punitiva. Pero es claro que la *falta de confesión* no puede ser valorada como agravante (TSJ, Sala Penal, "Alfaro", S. n° 45, 27/05/2004; "Chandler", S. n° 66, 4/07/2005; "García", S. n° 107, 6/06/2007; "Pereyra", S. n° 297, 30/10/2008; "Oliva", S. n° 105, 16/05/2011, entre otros), lo que pareciera ocurrir tácitamente en el *sub examine* a falta de una argumentación que haga pie en las particularidades de este caso. Es que si entre dos personas

condenadas por un mismo delito la única circunstancia de mensuración que computa a favor de uno es su confesión, y sin ninguna reflexión sobre lo idéntico del caso y demás circunstancias, se cuantifican penas sensiblemente diferentes (una equivale casi al doble de la otra), queda en evidencia un **trato desigual** cuya única justificación apreciable (la confesión) resulta a todas luces **desproporcionado**.

e) Concluyo entonces que la cuantificación de la pena se sustenta en una **motivación ilegítima**, vulneratoria del principio de igualdad contenido en el artículo 16 de la Constitución Nacional, y por ello debe ser dejada sin efecto. Y en función de ello, el tratamiento de los restantes reproches deviene abstracto.

Voto, en consecuencia, afirmativamente.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA TERCERA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída Tarditti dijo:

I. A mérito de la votación que antecede, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto, en lo que refiere a la segunda cuestión, y en consecuencia:

1) Anular parcialmente la sentencia impugnada en cuanto impuso a Díaz la pena de cinco años de prisión, con declaración de reincidencia, adicionales de ley y costas.

2) Sin reenvío, por razones de economía procesal, corresponde modificar el decisorio en dicho aspecto, fijando para el nombrado la pena de 3 años y 7 meses de prisión, manteniendo la declaración de reincidencia, adicionales y costas.

Tengo en cuenta para ello, en primer lugar, las pautas señaladas por el *a quo*: como **atenuantes** la juventud del imputado, su pareja estable, su origen humilde, su ausencia de adicciones y su instrucción; como **agravantes**, la modalidad comisiva del hecho (pluralidad de personas, amenaza a la víctima en presencia de su hija menor), el daño material (no se recuperó el dinero -\$500- ni el reproductor de DVD) y el temor infundido, como así también la reincidencia específica (una condena del año 2000 a un año y ocho meses de prisión). Asimismo, valoro que por sentencia n° 1/2012, se condenó a Carrasco a la pena de tres años y un mes de prisión, lo que introduce una premisa ineludible para la fijación del monto dado que se trata del mismo hecho cometido en autoría y por ende con idénticas circunstancias objetivas y similares circunstancias subjetivas,

a excepción de la confesión prestada por Carrasco, que razonablemente computa en su favor.

II. Sin costas, atento al éxito obtenido (arts. 550 y 551 CPP).

Así voto.

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

La señora Vocal preopinante, da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de su Sala Penal,

RESUELVE: Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por el Sr. Asesor Letrado Penal del 13° Turno –Dr. Erik Griotto- en su condición de defensor del imputado Pedro Rafael Díaz, y en consecuencia:

1) Anular también parcialmente la sentencia número 12, de fecha 22 de Marzo de 2012, dictada por la Cámara en lo Criminal de Tercera Nominación de esta Ciudad, que condenó a Pedro Rafael Díaz a la pena de cinco años de prisión, con declaración de reincidencia, accesorias de ley y costas, por hallarlo

responsable del delito de robo calificado por efracción (arts. 45, 150, 167 inc. 3º, 55, 5, 9, 12, 40, 41 y 50 CP; 550 y 551 CPP; fs. 391 vta.).

2) Sin reenvío, disponer que Pedro Rafael Díaz debe ser condenado a la pena de 3 años y 7 meses de prisión, con declaración de reincidencia, accesorias de ley y costas, por el delito de robo calificado por efracción (arts. 45, 150, 167 inc. 3º, 55, 5, 9, 12, 40, 41 y 50 CP; 550 y 551 CPP; fs. 391 vta.).

3) Sin costas, atento al éxito obtenido (arts. 550 y 551 CPP).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales todo por ante mí, el Secretario, de lo que doy fe.

Dra. Aída TARDITTI
Presidente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María Esther CAFURE de BATTISTELLI
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dra. María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL
Vocal del Tribunal Superior de Justicia

Dr. Luis María SOSA LANZA CASTELLI
Secretario Penal del Tribunal Superior de Justicia