En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut, a los 22 días del mes de septiembre del año dos mil ocho, se reunió en Acuerdo la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia -Presidido por Jorge Pfleger; integrado con los señores Ministros Alejandro Javier Panizzi y Daniel Alejandro Rebagliati Russell, para dictar sentencia en ***"P., O. y otro s/ robo agravado seguido de muerte"*** *(expediente 21.125-P-2007).-*

El orden para la emisión de los votos resultó del sorteo de fojas 442: Rebagliati Russell, Pfleger y Panizzi.

El Juez **Rebagliati Russell** dijo:

1.- Contra la sentencia que condena a Oscar Pichinian la Defensora Jefa de la Defensa Pública interpone recurso de casación.-

La Cámara en lo Criminal de Puerto Madryn mediante sentencia del día primero de octubre de dos mil siete, condenó a O. L. P. a la pena de diecisiete años de prisión, accesorias legales y costas, en orden al delito de Homicidio en ocasión de robo, por el hecho ocurrido el día tres de junio de 2004, aproximadamente a las 12.30 horas, en el Barrio Pujol I, lote 8, mercado América, en perjuicio de A. F.-

Que el hecho ventilado en el juicio oral y público se describió en la sentencia de la siguiente manera: *´El día 03 de junio de 2004, aproximadamente a las 12.30 hs. en momentos en*

que A. F., luego de estacionar el camión de reparto de la Empresa "Q." sobre la calle Telsen, frente al comercio denominado "Mercado América", sito en Barrio Pujol I, lote 8, ingresa al mismo, mientras sus compañeros D. M. E. y J. C. E. L. permanecen al costado del camión. Se presentan en el lugar O. L. P. y N. E. P. P.. P., con un arma de fuego intimida a E. y a L., en tanto que P. P. ingresa al comercio y apunta con arma de fuego a F., mientras que le pedía que le diera toda la plata. Ante la oposición de F., se produce un forcejeo entre ambos, realizando P. P. varios disparos en el interior del local, para luego salir trenzados e lucha hacia la vereda del comercio, donde aguardaba P.. En tales circunstancias, P. P. le dispara con un arma de fuego a F., impactándolo cerca de la tetilla derecha, provocándole un shock hipovolémico irreversible que le ocasiona la muerte. Con posterioridad P. y P. P. se dan a la fuga, ambos con dirección al B° Pujol II, por la Avenida del Trabajador.´- del requerimiento de elevación a juicio del Ministerio Público Fiscal de fs. 260/3.-

La sentencia tuvo por acreditada la base fáctica de la acusación y calificó el hecho como homicidio en ocasión de robo.

2.- Que a fs. 407/12 vta. la Defensora Oficial interpuso recurso de casación, denunciando 1) defectuosa motivación de la

sentencia y 2) nulidad parcial de la sentencia por: a. violación al principio de congruencia, b. Omisión de pronunciamiento sobre circunstancia atenuante planteada por la defensa, c. arbitrariedad en la determinación fáctica de las circunstancias valoradas.

El primer motivo se refiere a un planteo oportunamente esbozado por la defensa y que fuera rechazado por el tribunal, que se relaciona con la imposibilidad de tener por consumado el delito previsto en el artículo 165 del C.P. debido a la falta de certeza en cuanto al desapoderamiento de bienes a la víctima.

El segundo grupo de agravios se refiere a la pena impuesta, y sostiene que el tribunal aplicó al caso la agravante genérica del artículo 41 bis, rechazando la posición contraria de la defensa y las circunstancias agravantes de la pena, indicadas por los jueces, no fueron referidas por el Fiscal de juicio, y así no existió contradictorio en este tema.

Asimismo critica que el a-quo omitió tratar como atenuante de la pena la circunstancia de no haber sido P. el autor material de la muerte de F., y además su accionar estuvo alejado del despliegue de toda violencia física y que la intimidación desarrollada no fue más allá de apuntar al suelo con el arma que portaba a los compañeros de la víctima.

3.- Puesto a analizar la sentencia, adelanto

que la pretensión del recurrente no tendrá acogida favorable, por los motivos que a continuación se expondrán.

Tal como surge del fallo impugnado, el a-quo ha tenido por acreditado que participaron dos sujetos en el hecho investigado: N. E. P. P. –prófugo- y O. L. P., y que conforme ha sido formulada la imputación por el Sr. Fiscal, P. y su cómplice se constituyeron en el comercio denominado "América" con fines de robo, portando ambos armas de fuego. Asimismo precisan los jueces que mientras el primero de los mencionados ingresó al local y apuntó con el arma a F., y le exigía la entrega de dinero, el segundo quedó afuera, neutralizando la acción de los compañeros de la víctima –E. y L.-. Que ante la resistencia de F., se produce un forcejeo con P. P., y trenzados en lucha salen del comercio, efectuando el imputado varios disparos. Por último se acreditó que P. P., en las circunstancias mencionadas, le dispara con el arma a F. y que dicho disparo impacta cerca de la tetilla izquierda, provocándole posteriormente la muerte.

Tal como ha quedado planteada la cuestión, corresponde analizar los elementos de convicción tenidos en cuenta para arribar a dicha conclusión y si las críticas realizadas por el recurrente son suficientes para hacer caer el pronunciamiento.

En este sentido, los jueces utilizaron un

razonamiento lógico y cumplieron con el mandato de motivación contenido en el artículo 357. Mencionaron claramente los motivos que los condujeron a la solución del caso, explicando los fundamentos de hecho y de derecho en los que cimentaron su decisión.

Describieron la prueba arrimada al debate, mencionando:

- la declaración de G. B. V. , quien dio aviso a la policía. Describió lo ocurrido en el interior del comercio, sosteniendo que en determinado momento el sujeto sacó el arma y le manifestó al repartidor, previo apuntarlo, "dame la plata". Que ante esta situación se retiró del lugar, y se dirigió a su casa, le avisó a su marido –M.- y escuchó dos o tres disparos de arma de fuego;

- Declaración de B. M., quien también presenció lo ocurrido en el interior del comercio, y observó el forcejeo y escuchó que el agresor exigía la entrega del dinero a la víctima.

- Declaración de J. L. D., quien casualmente se encontraba en el lugar y vio la llegada del agresor, y lo obligó a tirarse al piso y con un arma de fuego le exigía al repartidor que le entregue la plata. Dijo que luego de los forcejeos –entre la víctima y el agresor- salen afuera, advirtiendo el tiro y la huída del lugar del atacante, al que se le sumó otra persona que

estaba en el exterior.

También tuvieron en cuenta la declaración de E. L., quien refirió que la víctima tenía en su poder el dinero correspondiente a la recaudación.

Hasta aquí fundamentan la acreditación del robo, que en mi concepto aparecen como suficientes, y luego pasan a analizar la agravante seleccionada y la responsabilidad del sometido a proceso en el hecho verificado.

En cuanto la presencia del imputado en el lugar de los hechos, y su participación en la ejecución, ha sido debidamente evaluado por el a-quo.

En este sentido resultaron contundentes los dichos de los sujetos que acompañaban a F. en el recorrido –E. L. y D. M. E.-, y resultaron víctimas de la intimidación ejercida por P. fuera del comercio.

Que tal como surge de la sentencia, el imputado es arrimado a la causa a través de un control policial ubicado enfrente del aeropuerto de la ciudad de Trelew, oportunidad en que se trasladaba en un ómnibus procedente de Puerto Madryn, el día del hecho, y con la misma vestimenta descripta por los testigos.

Que esta primer imputación es confirmada posteriormente por el contundente reconocimiento que de él efectuara una de las víctimas en rueda de personas, sindicándolo como el sujeto que lo apuntara con el arma afuera del comercio.

En cuanto a la participación adjudicada a P., ha sido correcta la apreciación de la Cámara, describiendo una división de funciones entre los autores. Así, el material probatorio colectado en autos permitió acreditar, no sólo la existencia del hecho investigado, sino también la convergencia de voluntades del accionar desplegado, en donde ambos se propusieron el robo y aceptaron la utilización de armas de fuego -aptas para el disparo-, y su eventual utilización.

Ambos comenzaron a ejecutar el hecho, mientras uno ingresó al comercio con el propósito de desapoderar a la víctima del dinero, el otro quedó fuera del local, con la finalidad de intimidar a los acompañantes del repartidor, para que no acudieran en su ayuda. Esta participación le permitió, al igual que su compañero, tener el codominio de la situación.

La decisión fue predeterminada, los dos se propusieron la ejecución tal cómo ocurrió, y, al menos, previeron el resultado dañoso finalmente acaecido.

Examinada la parte sustancial del fallo, y compartiendo las conclusiones, paso a analizar el planteo central de la defensa, que cuestiona la existencia del desapoderamiento por parte de los imputados, y consecuentemente la aplicación de la figura del artículo 165.

La plataforma fáctica que tuvo por probada

la sentencia encuadra perfectamente en la figura descripta en el artículo 165.

En efecto, la intención originaria del robo quedó acreditada con los dichos de los testigos presenciales, quienes refirieron haber escuchado cuando P. P. exigía a la víctima la entrega del dinero. Por otro lado, uno de los compañeros de Fugaza refirió que el día del hecho ya habían recorrido 29 ó 30 negocios, y que éste llevaba el dinero en el bolsillo de la campera.

Siendo ello así, y como bien lo sostuviera la sentencia, el dinero desapareció, y esta circunstancia, dentro del contexto descripto, acredita el dolo y la ejecución de la sustracción, configurando la calificación escogida.

Respecto a los argumentos relacionados con la aplicación de la agravante del artículo 41 bis del C.P.,y el monto de la pena, tampoco asiste razón a la defensa.

En cuanto a lo primero, diré que la Ley 25.297 incorporó al art. 41 bis del Código Penal una circunstancia de agravación de los tipos penales cuando aquellos se ejecutan con violencia o intimidación contra las personas, mediante empleo de un arma de fuego.

De esta manera transfiere lo que antes era valorado como un elemento que permitía aumentar la cuantificación de la pena, por la naturaleza del medio empleado, al nivel de la tipicidad que

incorpora aquella circunstancia como elemento objetivo, como una calificante genérica respecto de todos los tipos penales que pueden cometerse con las referidas modalidades.

En el sub exámine el extremo resulta plenamente aplicable atento las características de los elementos utilizados (armas de fuego), cuya aptitud y poder de vulnerabilidad quedó acreditado.

La excepción a esta regla lo constituye el art. 41 bis párr. 2° C.P., al disponer que la agravatoria no será aplicable cuando la circunstancia mencionada en ella ya se encuentre contemplada como elemento constitutivo o calificante del delito de que se trate, caso como el previsto en el art. 166 inc. 2° del mismo ordenamiento sustantivo.

En cuanto al monto de la pena seleccionada, la circunstancia que algún elemento valorado por los jueces no haya sido destacado por la Fiscalía, nada impide que aquellos lo hayan señalado a los fines de fundar la graduación punitiva. Su obligación emana del art. 362 del CPP (Ley 3155) en cuanto establece categóricamente que es en la sentencia donde se fijarán las penas y medidas de seguridad que correspondan. Queda claro entonces que el legislador no obliga a los jueces a ensamblarse, en este sentido, con lo peticionado por las partes en el debate.

Por otro lado, las pautas establecidas por los arts. 40 y 41 del C.P., determinan que son los propios tribunales los que fijan las penas, ya que son ellos los que tienen la impresión directa del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida en cada caso.

Sin perjuicio de lo expuesto, la selección de la pena no implica un mero cálculo matemático o una estimación dogmática, sino que los jueces deben apreciar los aspectos objetivos del hecho mismo y las calidades del autor, distinguiendo entre las pautas agravantes y atenuantes, que permiten arribar a un resultado probable sobre la factibilidad de que el sujeto vuelva o no a cometer un injusto penal.

En ese sentido, advierto que la valoración efectuada por los magistrados cumple mínimamente con esta exigencia, toda vez que tales indicadores pueden ser apreciados en su contenido.

Sin embargo, es de recomendar -para una mejor técnica decisoria- que en lo sucesivo adopten los recaudos necesarios y distingan los aspectos agravantes y atenuantes a que hace referencia la normativa de fondo.

Siendo ello así, voto por la confirmación del fallo venido en crisis en todos sus términos.

Por último se regulen los honorarios de la defensa en la suma de pesos trescientos setenta y cinco.-

El juez **Pfleger** dijo:

I. Habré de iniciar mi trabajo sin exponer los antecedentes que motivan la inspección casatoria, pues me lo permite la prolija relación del primer voto a cuyos términos me remitiré. Así iré directamente al asunto, luego de una digresión breve.

Es que deseo reiterar, en primer término, mi posición, inveterada, en punto a que no es la Sala sino el pleno del Superior Tribunal de Justicia el que debe atender en el instituto de la Consulta.

Las razones las expuse, de manera amplia, en una ponencia presentada oportunamente a mis colegas Ministros y las reiteré en cada una de las sentencias en que operaba el instituto.

P., dejo sentado una vez más el criterio que se que no es compartido, sin perjuicio de abordar el trabajo aviniéndome al sólo fin de no mellar el derecho de las partes a una decisión definitiva.

Al margen, no desconozco que la revisión del asunto será amplia como amplio han sido los exámenes de las sentencias de condena desde que la Sala adoptó, por la ejemplaridad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la teoría del "máximo rendimiento" o de "máxima

capacidad de rendimiento” (ver casos “Casal”, “Martínez Areco” entre otros de la CSJN).

Pasaré, cumplido el propósito anunciado en el prólogo, a desarrollar- sin más- la faena que concierne, esto es la convicción que he formado acerca de la impugnación.

II. Adelanto al lector que habré de coincidir con el criterio sustentado por el colega preopinante por considerar correcta la solución que ha propiciado, en toda la línea.

Las razones de éste, mi aserto, serán dadas en las líneas que vienen en las que desarrollaré los argumentos siguiendo el plan expositivo de la recurrente, con algunas consideraciones sobre el hecho en sí.

III. No abrigo dudas de que el suceso debatido existió en su objetiva materialidad y que el condenado participó de él en el modo en que quedó establecido en la sentencia, con el resultado fijado. Al tratar cada punto develaré esta razón, con mayor detalle.

No obstante, diré que luego de examinar las pruebas relacionadas por los Jueces, debo concluir en que la decisión condenatoria ha sido mesurada y se encuentra avalada por las comprobaciones cargosas colectadas en el juicio.

Ello es así por cuanto la prueba que han citado los Jueces es contundente y la ponderación que realizaron de la misma fue suficiente y legal. Es inobjetable la motivación de la

sentencia en tanto se ajusta a las reglas de la sana crítica racional. Y esto es así cuando, como en el caso, la "a-quo" analizó detenidamente todos los elementos de juicio reunidos, haciendo prevalecer los testimonios de G. B. V., quien dio aviso a la policía, de B. M., propietario del negocio donde tuvo lugar el hecho y de J. L. D., quien presenció el atraco por encontrarse circunstancialmente en el comercio en cuestión, dando detalles.

También analizó los dichos de E. L. y D. M. E., acompañantes en esa oportunidad de F. y víctimas de intimidación por parte de P. en el exterior del comercio, sitio de la ocurrencia.

Asimismo, la participación endilgada a P. por la "a-quo", fue correcta y adecuada a la división de funciones que habían establecido previamente los autores del evento criminal; con la adjudicación de roles y la utilización de armas de fuego aptas para el disparo, como quedó demostrado con las derivaciones que obligaron a los autores a cumplir el plan arriesgado y darse a la fuga.

La solución que, en vista del encuadre jurídico, toma a la teoría de dominio del hecho y a la comunicabilidad de las circunstancias, por el riesgo asumido, permite afirmar que el condenado es co-autor del robo con resultado de muerte por el que fue condenado (art. 165 del C.P.) con la agravante genérica que trataré

abajo.

IV. Respecto del tema que se introdujo bajo el nombre "...**Defectuosa motivación de la sentencia. Incorrección del proceso de valoración de la prueba...**", explicaré, a continuación, las causas del disenso con la distinguida Defensora.

Veamos.

La valoración del cuerpo de prueba en que los sentenciantes basaron la fijación de los hechos, lo fue conforme el sistema de la sana crítica racional con la amplitud que la libertad probatoria ofrece.

Ello es así por la propia naturaleza de aquel método que, libre del brete de la tarifación, permite a los Jueces ponderar sin ataduras los elementos que han sido aportados al debate, relacionándolos para llegar a una conclusión que será tenida por verdadera.

Soy del criterio, sostenido con perseverancia aún con otras palabras, de que el Juez puede aceptar la perpetración de un hecho por varios conductos, que ora serán directos ora indirectos. Pero no hay una regla o tabla que indique la mayor o menor fuerza del medio al que se acuda, sólo interesará su calidad y la lógica del discurso que lo reivindique.

La manera de apreciación de que se trata no impone formas para demostrar los hechos delictivos, sino que, distante del sistema de las pruebas legales, autoriza al Juez a la

admisión de toda prueba legítima y apta para el esclarecimiento de la verdad material (libertad de admisión) como asimismo el arbitrio de valorar y seleccionar, adecuada y racionalmente, las pruebas producidas mediante pautas lógicas, psicológicas y de la experiencia (libertad de valoración) (ver al respecto CFLPL c. Expte. 3937/111, Etchecolatz, M.O. 09/11/2006, en JPBA 134 F.110, página 64)

En el caso, los judicantes no hicieron otra cosa que actuar de la manera enunciada, y lo hicieron bien.

La preponderancia que le otorgaron a la versión del testigo D. sobre los dichos de su par M., propietario del negocio donde se perpetró el asalto, obedece, sin duda alguna, a las propias notas características de cada uno de los testimonios.

En efecto, en primer lugar, la afirmación realizada por D. respecto de que F. tenía consigo una billetera que después no fue hallada en el lugar, contiene un predicado que no ha sido negado por ninguno de los órganos directos: "Fugaza tenía una billetera".

Sin embargo, la Defensa Técnica afirmó: "que Fugaza no portaba una billetera en ese momento" y para ello, se basó en las manifestaciones de Molina en cuanto comentó: "*...que Fugaza dejaba la mercadería y pasaba a cobrar los días*

domingos, en su coche particular, de mañana o de tarde...".

De ese dato, teniendo en cuenta que el día del hecho no era domingo, extrajo por inferencia que Fugaza no tenía una billetera en su poder.

Si se repara con atención en el argumento que ensambló la Defensora para sostener que la afirmación de D. era, por lo menos, portadora de la duda, se puede apreciar que, en realidad, no existe la contradicción que pretende.

Es que, aceptando que Molina se pronunció con verdad, su afirmación no descalifica la manifestación de D. en el sentido de que el muerto ".. ese día portaba una billetera...".

Me pronuncio de esta manera pues el dato que aportó el testigo D. es consecuencia de una percepción directa que para nada contradice las costumbres de F. en su tarea, percatadas por M..

Aparece de manera obvia que estamos ante dos jerarquías de conocimiento. Lo que manifestó el testigo D. se enmarca en un conocimiento vivencial, directo, presencial, que hace alusión a una comprobación visual, determinada y concreta; en cambio, los datos que aportó M. constituyen el parecer de éste, forjado a través de un lapso en donde no fijó un hecho en un tiempo determinado, sino solo un comportamiento genérico que tenía la víctima respecto de las cobranzas.

Por esa razón, la afirmación aludida, por sí sola, no permite afirmar que el damnificado no tuviera la billetera en ese momento cuando, justamente, otros testigos afirmaron que siempre la llevaba consigo.

Pero digo más en aras de validar la afirmación desde la lógica, buscando razón suficiente o, desde lo lúdico, confrontando hipótesis adversas para establecer la prevaleciente y así interrogó: ¿ era razonable o no que F. llevara una billetera, y porqué?. Digo sí, porque la experiencia me indica que los repartidores de comercio, autorizados a cobrar-lo que en este caso no se ha cuestionado- llevan consigo el elemento cuya existencia se ha negado. Y sigo: ¿Porqué?, pues porque una billetera es el objeto que, por definición, las personas utilizan para guardar el dinero que portan. ¿Porqué?, pues por razón de que es más fácil el resguardo y en el caso: ¿porqué? puesto que los cobradores en general llevan consigo muchos billetes.

Si ponemos un no en cada caso, observaremos la ilogicidad del predicado que se obtiene, siempre partiendo de una premisa que, entiendo, no ha sido puesta en tela de juicio.

Así resulta correcta la apreciación de la evidencia y su correlación.

He sostenido en causas anteriores, en cuestiones que envuelven la apreciación de la prueba y la manera de formular el discurso de

justificación de una condena, que la certeza es básicamente "estar en lo cierto" acerca de lo que se dice sobre algo que es objeto de análisis.

La "verdad" pertenece a una categoría que resulta tan difícil de asequir en el devenir de un proceso que los jueces sólo la podrán configurar en su mente, mediante un ir y venir dialéctico confrontando datos, seleccionando una hipótesis que en forma sana aparezca con fuerza en el horizonte de su intelecto con visos de verosimilitud, la que deberán explicar con el aporte de razones fundadas al momento de pronunciarse positiva o negativamente en la sentencia.

Ese trámite íntimo que, en nuestro sistema, orienta la sana crítica racional, es el modo de conocer, de llegar a la verdad posible, a la certeza, por la aplicación de las reglas del recto pensar basadas en la lógica, la psicología y la experiencia, a cuyo través las consecuencias se derivan de sus causas conforme el observador imparcial.

Por otra parte, constituye una facultad de la instancia de mérito seleccionar el material probatorio, prefiriendo algunos elementos y descartando otros, no siendo suficiente, a quien se opone, expresar un mero criterio discordante.

En esa inteligencia, es legítima y adecuada a derecho la importancia que le otorgaron los jueces del Tribunal Colegiado al testimonio de D.

para fundamentar la existencia de la mentada billetera en el teatro de los hechos y su desaparición en asalto, y sobre esa base, aceptar la hipótesis del desapoderamiento que les permitió tener por consumado el crimen.

Han de sumarse, además, los restantes elementos que dieron pábulo en el curso del juicio a la teoría del delito consumado, entre ellos la declaración de E. L., (a la sazón compañero de trabajo de la víctima) quien manifestó que ese día ya habían recorrido unos veintinueve o treinta negocios, que A. F. llevaba el dinero y que lo guardaba en el bolsillo de su campera o pantalón, y solo cuando la suma era importante la dejaba debajo del asiento o en otro lugar del camión.

En la sentencia se tuvo en cuenta esta afirmación y los dichos del testigo J. L. D. y, al respecto, se dijo expresamente: "...*J. L. D., cliente del comercio, observó la llegada del agresor, quien lo hizo tirar al piso y con un arma tipo revolver color negra le pedía la plata al repartidor, el que tenía la billetera en su mano esperando, a su entender, que el dueño del local le diera dinero. Que luego de forcejeos ellos salen afuera, advirtiendo el tiro y el escape del lugar del atacante, al que se le sumó otra persona que estaba en el exterior...*" (omissis) "... *Entonces, si bien no puedo determinar el instante exacto y el modo concreto,*

pues el único testigo (D.) se encontraba en el piso y por la violencia de la resolución del momento no lo pudo observar, no tengo dudas, pues además que esa era su real intención, que el atacante, ya sea porque se encontraba dentro de la billetera, ya sea porque se encontraba en el interior de alguno de los bolsillos del pantalón o campera de la víctima, le sustrajo la suma de dinero antes mencionada a la víctima, documentadamente comprobada...” (del primer voto).

Estimo, nuevamente, que el procedimiento mental llevado a cabo por los Jueces fue el adecuado y las conclusiones a las que arribaron, correctas. Luego, la queja no habrá de prosperar.

V. En cuanto al planteo sobre: “... **Violación al principio de congruencia...**”, debo decir que desafortunadamente para su esfuerzo, no le asiste razón a la Defensa Técnica.

Sobre el tema he abundado en causas anteriores cuando dejé establecido el calibre que debía tener la variación para ser constitutiva de la falta que se ha señalado.

En efecto, en causa “Lempi”, fallada por esta Sala, al opinar sobre el tema atinente a la congruencia que debía existir entre la plataforma fáctica presentada por el Ministerio Fiscal y la sentencia definitiva, dije que no había disvalor procesal en que se hubiera constreñido la base de hechos de la imputación, lo que resultaba

posible si así sobrevenía del debate y de la deliberación ulterior, sencillamente por que no causaba gravamen alguno. Empero, advertí, que lo grave- y sancionable- habría sido expandir el aspecto atinente a los hechos sin que se dieran las previsiones del Código Procesal, por que ello sí vulneraba, sin dudas, el derecho a defenderse que posee el imputado. Sostuve, en el caso de marras, que el principio de congruencia importa que el fallo se expida sobre el hecho y las circunstancias contenidas en la acusación que han sido debidamente intimadas y sobre las que –básicamente- tuvo ocasión de ser oído el atribuido, lo que implica vedar que aquél se extienda a hechos no contenidos en el proceso que garantiza el derecho a audiencia, sintetizado en la regla de correlación entre la acusación y la sentencia (claramente, al respecto, Julio B. Maier en su "Derecho Procesal Penal" T I. Pág. 568).

Referí, en "Lempi", a la cita con la que el autor mencionado consignaba la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando exponía: "...La Corte Suprema Nacional, en sus sentencias, parece requerir, como condición para casar el fallo, no solo la indicación puntual del elemento sorpresivo que se incluye en él, sino también las defensas concretas que se hubieran opuesto de no mediar la sorpresa y, en especial, los medios de prueba omitidos por esa

circunstancia...”.

La opinión dada es consecuente con la postura que asumí y asumo en relación con el principio que ocupa traducido en la relación inescindible que debe existir entre los aspectos fácticos de la acusación, el objeto del debate y la sentencia, atadas por las circunstancias de tiempo, modo y lugar que aquella, la primera, establece.

Es que no se trata, el así pensar, de un mero capricho intelectual o de una veleidad dogmática, sino de asegurar al imputado el ejercicio real y efectivo del derecho a defenderse materialmente durante el proceso (art. 18 CN, 8 de la CADH y 14 del PIDCP, art. 75 inc. 22 CN y art. 44 C.P.Ch) que envuelve la circunstancia de no ser sorprendido por lo que no espera: que el Juez se pronuncie acerca de un hecho sobre el que no ha podido confrontar o controvertir, ni aún ofrecer prueba.

En la sentencia atacada, el aspecto sustancial del soporte fáctico presentado por la acusación no se ha variado un ápice, existiendo sólo unos pequeños cambios en el modo de relatar un mismo hecho. Dejando ello en claro, y teniendo en cuenta que la crítica del impugnante se basó en una diferencia entre los puntos considerados por el Fiscal y el Tribunal de mérito para la determinación de la pena, debo decir que no constituye un presupuesto válido para la

trasgresión que ha indicado, lo que autoriza su rechazo.

VI. Sobre la pertinencia de la aplicación al caso del artículo 41 bis del Código Penal, he de coincidir en un todo con la ilustrada opinión del doctor Rebagliati Russell.

Añadiré, simplemente, algunas cuestiones que son de mi coleto en afán de justificar la autonomía de mi voto.

Ante todo debo marcar la certeza con la que se prologa la nota a fallo aparecida en el "Suplemento La Ley- Penal y Procesal Penal" del 30 de Marzo de 2006, página aparecida bajo el título "Los jueces no deben legislar" de M.A.A, que creo pertinente al bajo examen.

Es más, me he atrevido a transcribir con más amplitud, el pensamiento que pertenece a Thomas Hobbes en su obra "Leviathan", cuando dice: "...la interpretación de todas las leyes depende de la autoridad soberana, y los intérpretes no pueden ser sino aquellos que designe el soberano (sólo al cual deben los súbditos obediencia). De otro modo la sagacidad de un interprete puede hacer que la ley tenga un sentido contrario al del soberano; entonces el intérprete se convierte en legislador..." ("Leviathan" Parte II, Cap. 26. Pág. 226 de la edición del Fondo de Cultura Económica- Méjico).

Y así empiezo pues, dotados de un enorme poder político a consecuencia del control de

constitucionalidad otorgado, los jueces han de administrar con prudencia esa capacidad y la potencia que importa la interpretación de las normas a las que deben sujetarse de manera estricta, atendiendo por igual a su letra y espíritu, de manera que el ejercicio de la facultad contra -mayoritaria no los convierta en legisladores, vulnerando el principio liminar de la República: la división de poderes.

Es verdad que la sanción del art. 41 bis C.P. ha traído consigo críticas feroces desde la doctrina.-

Así por ejemplo, Javier H. Imahorn en su comentario "El nuevo artículo 41 bis del Código Penal- Un cambio sustancial en el sistema de graduación de la pena" aparecido en La Ley T. 2001- A, Sec. Doctrina, pág. 917, evoca que "...En este caso (el de la Ley 25.297) nos encontramos indudablemente, por la naturaleza y ubicación de la directiva, frente a una agravante genérica de la pena que incrementa la escala penal para cualquier delito, sea consumado o tentado, si su ejecución tuvo la modalidad violenta y/o intimidante propia de la exhibición amenazante o utilización de este tipo de armas ("Lecciones de Derecho Penal- Parte General T II, pags. 480 y sgtes. Director Carlos J. Lascano, Ed. Advocatus, Córdoba, Octubre 2000)...".

Pero más adelante advierte: "..Una situación es clara: las sucesivas modificaciones

parciales introducidas a nuestro Código Penal en los últimos años mediante distintas leyes, producto de períodos "duros" y "blandos" carecen de coherencia sistemática y es por ello que, especialistas y sobre todo los representantes del pueblo en el Congreso Nacional deberán analizar seriamente la posibilidad de una reforma integral que culmine quizás, con la sanción de un nuevo Código Penal para los comienzos del tercer milenio, apartándose para ello de toda presión circunstancial...".

Grave es la crítica que le formula A. W. S. en el "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Ed. Hammurabi, T 2 páginas 90 a 102, cuando acusa al proceso legislativo que diera origen al artículo que se comenta de deficitario "...producto de una criminalización desorientada en el afán banalizador de norma penal, y la consecuencia del desorden y la falta de explicación en la que se traducen los acuerdos y concesiones recíprocas propias de los ámbitos parlamentarios..." y más adelante sugiere que "...el principio de limitación máxima de la respuesta contingente indica que cuando las reformas legales punitivas se establecen sin amplio debate, consulta y elaboración responsable, es deber de las agencias jurídicas extremar el celo en el análisis y crítica limitativa del texto legal...".

Empero, no son estas opiniones

condicionantes para el apartamiento de la norma, que, por otro lado, solo podría ser posible mediante una declaración de inconstitucionalidad, ya que no percibo, en el texto discutido, las infracciones que denuncia la defensa.

Se trata de una agravante genérica aplicable a todas las figuras de la parte especial, con excepción de aquellas que contemplen como parte constitutiva o calificantes los elementos propios de esa norma, como es la comisión de un delito con violencia sobre las personas mediante el uso de un arma de fuego, de allí que no lesione el principio de igualdad, que implica paridad de iguales.

La regla del art. 41 bis C.P. actuará generando un tipo delictivo que estará en relación de especialidad con varios tipos penales, siempre que estos no incluyan el empleo de armas, y que, a su vez, se trate de delitos dolosos que requieran violencia o intimidación contra las personas, como modalidad de ejecución típica (textual de voto del doctor Böhm, en causa "Tribiño Bonilla, Gastón G. y otro" SC Mendoza, 24 de abril de 2006 en "Suplemento La Ley Penal y Procesal Penal" del 26 de Setiembre de 2006, páginas 56 a 63).

Los Tribunales parecen aceptar la razón de la agravante en el "plus" a la violencia y al peligro que representa la utilización de un arma

de fuego como justificación de la agravante, en la medida en que aquella posee un poder vulnerante más potente (ver al respecto TCASBSAS, c. 1661, "D.M.M. del 13/04/ 2004 en JPBA t. 124 sum. 299, en lo que atañe pues se trata de robo con armas mediante arma de uso civil por la entidad del riesgo corrido por la víctima, aún cuando no se descartó "...de adverso..." su aplicación si se hubiera tratado de un determinado tipo de arma de extraordinario poder ofensivo y en el mismo sentido el voto del doctor Hornos en el caso "A., Y. s/ rec. casación, CNCasación Penal, Sala IV, del 30 de setiembre de 2002 en La Ley T 2003- A, página 96 y Suplemento de Jurisprudencia Penal del 28 de Noviembre de 2002, pág. 27.

Y esa categorización, más allá de los reparos de la doctrina, es facultad privativa del legislador acorde lo establece el art. 75 inc. 12 de la Constitución Federal, sobre la que los jueces, salvo casos extremos de infracción, no debemos ingresar, como lo he anticipado.

Habré de recordar, por último, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expuesto que la primera regla de interpretación de las leyes consiste en dar pleno efecto a la intención del legislador, propósito que no debe ser obviado por los jueces so pretexto de posibles imperfecciones técnicas en la instrumentación legal (CSJN Competencia N° 312. XX. La Plata Cereal Co. S.A.

3/02/87 T. 310 , P. 149)o que la primera regla de interpretación de las normas es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para rastrear esa intención es la letra de la ley, pues los jueces no deben sustituirlas por su propio criterio so color de hermenéutica(Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt. L. 416. XXI. Longhi, Oscar A. c/Banco de la Nación Argentina s/ cobro de pesos. 4/08/88 T. 311 , P. 1320).

Así las cosas la objeción a la aplicación del art. 41 bis del C.P. en el caso que se ha cuadrado en el art. 165 ídem es adecuada a derecho.

VII. En lo que atañe a la pena impuesta y a los motivos dados por los Jueces, nuevamente aceptaré la proposición del primer votante.

Pienso, como él lo ha pensado, que la sentencia satisface los estándares de aceptabilidad.

Se ha dicho que " ...la gravedad del ilícito penal se objetiva en las escalas penales y si se establece la misma, el legislador permite subjetivizar (personalizar) la sanción atendiendo a las circunstancias atenuantes y agravantes que emergen del autor, de la víctima y de la sociedad donde la conducta se concreta. Sin embargo esa graduación no puede ser irrazonable. De aquí que el Código Penal argentino haya determinado en sus arts. 40 y 41 algunos elementos básicos para que

la tarea no anide en el puro arbitrio judicial. A partir de estas pautas y frente al caso penal, si operaran atenuantes la pena se acercará al mínimo de la escala sancionatoria, mientras que incidiendo agravantes, lo hará al máximo amenazado (sala I, sent. del 7-12-2000 en causa 1633, "Guazzi"). Los antecedentes personales del autor, la reincidencia, la gravedad del daño infligido y la conducta procesal obstructiva o dilatoria entre las agravantes, o la ausencia de antecedentes condenatorios, el buen concepto vecinal, los hábitos de trabajo, la reparación del daño causado y el arrepentimiento demostrado entre las minorantes, tendrán un protagonismo diferente en las distintas especies juzgadas (Fundamentos del Dr. Piombo). (TCas.Pen. de Buenos Aires, sala I, "K., A.", P. 6984, 17-12-2002 –Natiello, Piombo, Sal Llargués– Citar : WebRubinzal ppypenal9.1.r9).

La sentencia contiene, aún su economía, esas consideraciones que, por otro lado, no necesariamente deben coincidir con las proposiciones del Ministerio Público. Con precisión, ha expuesto el doctor Rebagliati que los Magistrados están conminados por el imperativo del art. 365 del C.P.P. (Ley 3155) y así han laborado.

Pero echemos una mirada.

Como circunstancias calificantes los jueces tomaron en cuenta la modalidad del hecho, o

"...que se trató de un hecho grave donde hubieron maniobras previas para sorprender al repartidor..." (primer voto) "..la naturaleza de la acción empleada..." (segundo voto); ponderaron las circunstancias anteriores al evento o "...la ideación del evento con el grado de peligrosidad asentado en la escena..." (primer voto) "...un plan determinado con una división de tareas..." (segundo voto); la peligrosidad demostrada: "...puso en peligro a varias personas, tanto dentro como fuera del local comercial..." (del segundo voto), todas estas pautas consignadas en la Ley.

No computaron atenuantes; pero escogieron una sanción media entre el máximo y el mínimo.

Ello hace a su validez.

VI. Asimismo habré de coincidir con el monto regulado por el juez Rebagliati para los honorarios fijados para la defensa.

Así las cosas, y mediando las razones dadas sufrago y voto por la confirmación de la sentencia venida en casación.

El Juez **Panizzi** dijo:

Con los sufragios coincidentes de los doctores Daniel Alejandro Rebagliati Russell y Jorge Pfleger, existe mayoría de votos para conformar la voluntad del Superior Tribunal; de modo que haré uso de la facultad que prevé el C.P.P., art. 357 -texto según ley 4550, art. 7.-

---

Con lo que culminó el Acuerdo, pronunciándose la siguiente;

---------- S E N T E N C I A ----------

1°) Declarar improcedente la casación interpuesta a fs. 407/12 vta., con costas (arts. 385,386, 388 y concordantes del Código Procesal Penal-Ley 3155).-

2°) Confirmar la sentencia número 37/07 de fs. 380/97.

3°) Regular los honorarios profesionales de los Defensa Pública, en la suma de trescientos setenta y cinco pesos ($ 375.-), no incluye I.V.A. (Ley 2200, art. 14 y 4920, art. 59)

4°) Protocolícese y notifíquese.

Fdo: Pfleger, Panizzi, R. Russell.-