



ACUERDO

En la ciudad de La Plata a los 11 días del mes de diciembre del año dos mil trece, se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces de la Sala Sexta del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, doctores Horacio Daniel PIOMBO y Ricardo R. MAIDANA, bajo la presidencia del segundo de los nombrados, para resolver en la causa N° 58.617, “V., E. O. s/Recurso de casación”, conforme el siguiente orden de votación: MAIDANA – PIOMBO.

ANTECEDENTES

El 4 de marzo del año 2013, los integrantes del Tribunal en lo Criminal N° 6 de Lomas de Zamora resolvieron condenar a E. O. V. a la pena de 21 años de prisión, accesorias legales y costas por resultar autor penalmente responsable del delito de robo y de dos hechos de abuso sexual agravado por existir acceso carnal y ser cometido con un arma (arts. 45, 119 –tercer y cuarto párrafo inc. d- y 164 del CP).

Contra esta decisión, el Sr. Defensor Oficial, Dr. Sergio Raúl Robles, interpuso el recurso de casación que luce a fs. 42/51vta.

Encontrándose la causa en estado de dictar sentencia, la Sala VI del Tribunal dispuso plantear y resolver las siguientes

CUESTIONES

Primera: ¿Es admisible el recurso?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada, el señor juez doctor MAIDANA dijo:

Toda vez que la presentación fue deducida por parte legitimada, abastece los requisitos formales previstos por el ordenamiento procesal, fue canalizada en debido tiempo y se dirige contra una sentencia definitiva de juicio oral en materia criminal, entiendo que satisface los recaudos de admisibilidad que resultan exigibles en el caso (arts. 18 CN; 8.2.h CADH; 14.5 PIDCyP; 20 inc. 1, 450 1er párrafo, 451, 452 inc. 2, y 454 inc. 1 del C.P.P).

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la misma cuestión planteada el señor juez, doctor PIOMBO, dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante en igual sentido y por los mismos fundamentos.

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

A la segunda cuestión planteada el señor juez doctor MAIDANA dijo:

Señala el recurrente que, al valorar la prueba recabada, el *A-quo* se apartó de las reglas de la lógica, la psicología, la experiencia y el sentido común. Explica que, para tener por acreditado el primero de los hechos atribuidos a V., se cuenta únicamente con el testimonio de la víctima, lo que resulta manifiestamente insuficiente. Afirma, además, que el robo no se consumó dado que el supuesto autor fue encontrado a pocas cuadras del lugar y jamás tuvo la libre disponibilidad de los bienes. Por estas razones, solicita se absuelva al nombrado y, subsidiariamente, se modifique la calificación legal, en el sentido pretendido. En segundo lugar, plantea que el ilícito N° 2 fue cometido por su pupilo bajo el efecto de psicotrópicos que le impedían comprender la criminalidad de sus actos o adecuar su conducta a dicho entendimiento. Refiere que esto



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PODER JUDICIAL

CAUSA N° 58.617 (1)
"V., E. O. S/RECURSO DE CASACIÓN"

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

surge del relato de las damnificadas que lo vieron aspirar un polvo blanco, por lo que peticiona se decrete su inimputabilidad en los términos del art. 34 inc. 1 del CP. Añade que tampoco se ha conseguido probar que éste haya sido el responsable de dicho injusto o que, al menos, existe un estado de duda insuperable que debe ser resuelto en su favor. En tercer término, considera que se han aplicado erróneamente los arts. 40 y 41 del CP al determinarse la penalidad impuesta al encartado. Transcribe distintas citas doctrinarias y de jurisprudencia sobre el tema y denuncia que se han visto conculcados los principios de legalidad y proporcionalidad, por lo que reclama que se le establezca el monto mínimo posible, haciendo reserva del caso federal.

La Defensora Adjunta de Casación, Dra. Susana Edith De Seta, adhiere a las consideraciones vertidas por su colega de la instancia y pone de resalto que se ha omitido notificar a dicho ministerio de la realización del hisopado y el peritaje psicológico sobre las ofendidas, por lo que se ha verificado una nulidad absoluta. Añade que no se dispone de elementos de juicio como para tener por probado que el acusado cometió las modalidades agravadas de abuso que se le endilgan y que las propias víctimas dan cuenta de que el injusto quedó en grado de conato, al no perfeccionarse el acceso carnal (fs. 58/60). La Fiscal Adjunta de Casación, Dra. Daniela Bersi, propicia el rechazo del remedio intentado (fs. 61/65).

Con independencia de la garantía procesal que conduce a la exigencia de la necesidad de la doble conformidad judicial para ejecutar la pena si el condenado lo requiere, la circunstancia de ponerse en juego otra garantía como la del juicio público, única base de la condena, determina que, en el caso de no haberse observado el debate, no es posible controlar la valoración de la prueba practicada en el transcurso de la audiencia si el Tribunal diera cuenta circunstanciada de su empleo, para tener por acreditado cualquiera de los extremos de la imputación.

Los arts. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCyP exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a los jueces presentes en el debate, no sólo porque cancelaría el principio de publicidad (arts. 8.5 CADH y 14.1 PIDCyP), sino porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento, una obstáculo fáctico, impuesto por la naturaleza de las cosas y debe apreciarse en cada caso, con lo que no existe una incompatibilidad entre oralidad y revisión amplia en casación, ambos son conciliables en la medida en que no se exagere el resultado de la inmediación.

Así las cosas, debo adelantar que el recurso no habrá de prosperar. Esto, primero, porque no puede afirmarse que no se disponga de elementos de juicio suficientes para tener por acreditada la materialidad ilícita y la participación de V. a título de autor, en el primero de los injustos. En efecto, se advierte que ambos extremos se tuvieron por probados en base al testimonio de las víctimas que lo sindicaron como el responsable, a lo que se añaden los dichos del personal policial que, tras una breve persecución, aprehendió al imputado en las inmediaciones del lugar y en posesión de las cosas sustraídas.

Tanto J. D. G. como C. S. M. ofrecieron una reconstrucción verosímil, consistente y sin fisuras de lo acontecido que, al encontrar corroboración en los elementos objetivos plasmados en el acta de procedimiento (la incautación de los efectos en poder del encartado y la proximidad temporo-espacial de éste con la escena del injusto), resulta idóneo para admitir, sin lugar a dudas, que el suceso delictivo existió y fue protagonizado por el nombrado.

Y, en segundo término, porque en base a la descripción de los acontecimientos realizada en la sentencia pudo tenerse por comprobado que el nombrado quebrantó la custodia que C. S. M. y J. G. ejercían sobre el celular y las monedas que les fueron sustraídas y creó una nueva relación de dominio material sobre éstos, que excluyó la libre disponibilidad de quienes hasta entonces eran sus titulares, forzándolos a recuperarlas a través de un procedimiento socialmente perturbador.



A este respecto, debe precisarse que la ley no contiene ninguna restricción temporal del concepto de tenencia, lo que no sería conciliable con la finalidad de la norma en trato, pues su brevedad no la torna menos reprochable, ni es incompatible con la plena realización del tipo. Y también que la representación de V. intenta identificar la consumación del ilícito con su agotamiento material, lo que recién se produce cuando se alcanza cierta consolidación y aseguramiento en la posesión de lo sustraído.

En concreto, lo cierto es que el nombrado fue perdido de vista durante algunos minutos por los damnificados y sólo fue habido en razón de su propia impericia para darse a la fuga, que lo llevó a permanecer en las cercanías del sitio donde tuvo lugar el injusto, y en virtud de que éstos encontraron rápidamente un patrullero que salió en su búsqueda. Por lo que, en definitiva, no puede negarse que por unos breves instantes ejerció su señorío sobre los despojos y, de esta forma, completó el *iter criminis*.

Pasando, entonces, a la siguiente objeción, debo adelantar que habrá de correr la misma suerte. Esto porque el aquí juzgado fue reconocido por A. y C. que ya habían realizado un dictado de rostro de notoria similitud a la figura del encartado y lo describieron con total precisión, destacando notas particulares de su apariencia como sus tatuajes (en particular, uno donde se aprecian 5 puntos), cortes en los brazos, la presencia de signos compatibles con la colocación de un piercing en su labio inferior y la falta de distintas piezas dentarias.

En base a estos extremos, considero que no puede aseverarse, como hace el esmerado defensor, que existan dudas insuperables acerca de la participación de V. en el hecho identificado como N° 2, a título de autor. A lo que corresponde agregar que la supuesta imposibilidad de éste para penetrarlas no sólo contrasta con lo depuesto por la primera de las mencionadas

y con el informe pericial del Cuerpo Médico Forense, sino que resulta irrelevante toda vez que en el dos casos hubo coito oral.

Por lo que corresponde, abordar la objeción vinculada a la supuesta concurrencia de la eximente prevista en el art. 34 inc. 1 del CP. En esta línea, debe ponerse de resalto que el delito requiere determinada capacidad psíquica del agente, toda vez que en cada uno de sus niveles analíticos se demanda la presencia de un aspecto o contenido subjetivo (Cfr. Zaffaroni, E. R., Alagia A y Slokar A., Derecho Penal. Parte General, Ediar, 2002, Buenos Aires, p. 690).

En el caso, la discusión se concentra en la denominada “*capacidad psíquica de culpabilidad*” que abarca la aptitud del sujeto activo para comprender la antijuridicidad de la conducta desplegada y adecuar a ella su comportamiento. Esta condición del autor agrega al injusto por él cometido la característica de la imputabilidad, entendida como posibilidad de poner a su cargo una acción (cit., p. 690). Por lo que resulta relevante resaltar que es un acto, y no una persona, lo que resulta imputable o no, precisamente, en virtud de la capacidad del sujeto.

Desde esta perspectiva, se observa que la parte se vale únicamente del hecho de que su asistido consumió estupefacientes durante el desarrollo del segundo de los ilícitos lo que, de ninguna manera, es suficiente a este respecto, si consideramos que tanto el peritaje psiquiátrico, como el reconocimiento médico, practicados sobre la persona de V. negaron que éste haya experimentado, o experimentare al momento de la evaluación, alguna alteración morbosa de sus facultades o impedimento para comprender la criminalidad de sus acciones.

A lo que se añade que, como bien señalaron los sentenciantes, la propia dinámica del injusto cometido en perjuicio de las niñas sugiere que éste se encontraba en pleno dominio de sus acciones, dado que llegó a ejercer un control sobre las víctimas a quienes les brindó distinto tipo de



instrucciones, condujo a un sitio apartado a fin de concretar las maniobras de abuso, desapoderó de sus pertenencias e incluso llegó a tomarles fotografías, lo que no se compadece con lo aquí requerido y termina de sellar la suerte adversa de la objeción.

Pasando, entonces, al último de los motivos de agravio presentados, cabe apuntar que nuestro ordenamiento consagra un esquema de penas relativas, donde a cada tipo legal le corresponde un marco que refleja el valor proporcional que la norma posee en el sistema y establece una escala de gravedad continua y crecimiento paulatino en la que se contemplan todos los casos posibles, desde el más leve hasta el más grave que se pueda concebir. Y el juez debe ubicar cada controversia sometidas su conocimiento, procurando hacerlo en el segmento correcto (Ziffer, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-hoc, 1999, p. 37).

Esta operación intelectual no está exenta de dificultades, ni nos permite arribar a un monto con precisión matemática aunque la discrecionalidad se ve acotada considerablemente por la evaluación conjunta del ilícito, la culpabilidad con el correctivo de la peligrosidad y las reglas de los arts. 40 y 41 CP. Con esto no pretendo postular la imposibilidad de ejercer un control sobre la cuestión en esta instancia, sino poner de resalto los límites de esta evaluación, que resultan tanto de la disparidad epistémica que existe entre el *A Quo* y el suscripto, como de los contornos difusos de la empresa.

Desde esta perspectiva, entonces, considero que asiste razón al impugnante en cuanto señala que la sanción aplicada al encartado luce irrazonable, siendo que los sentenciantes optaron por ubicar su proceder en el extremo superior del continuo de gravedad sin aportar argumentos de peso, al meritar como atenuante su carencia de antecedentes y, como agravantes, la extensión del daño causado y la vulnerabilidad de las víctimas. A lo que añade que tampoco han desarrollado en detalle la forma en que se compusieron las

penas correspondientes a los distintos ilícitos.

Estas circunstancias, a mi juicio, revelan que se ha omitido realizar un análisis global de la situación. Por ello, y en base a los distintos parámetros reseñados hasta aquí, considero que si bien los injustos en cuestión y las pautas aumentativas citadas impiden optar por el mínimo de la escala aplicable, la sanción debe ser atemperada a fin de adecuarla a lo expuesto, fijándola en 17 años de prisión, accesorias legales y costas.

Finalmente, en relación a los planteos de la Sra. Defensora Adjunta ante este Tribunal, debo decir que no siendo cuestiones introducidas con la interposición del recurso originario, su conocimiento se encuentra vedado a este sede por no tratarse de un desarrollo de los motivos que provocaran su intervención sino de nuevas objeciones, conforme lo dispuesto por el art. 434 y doctrina del art. 451 –último párrafo- del C.P.P. (SCBA P. 58.417, P. 59.379, P. 75.534, P. 76.382, P. 76.453, P. 78.901, P. 91.185, e/o), a lo que sólo cabe agregar que tampoco se advierte que existan los vicios que señala o estén dadas las condiciones para acoger favorablemente la nulidad articulada.

Por estas razones, entonces, propongo al Acuerdo que se haga lugar parcialmente, sin costas, al recurso articulado contra la sentencia dictada el 4 de marzo de 2013 por el Tribunal en lo Criminal N° 6 de Lomas de Zamora, por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Sergio Raúl Robles, casar el decisorio impugnado con el alcance citado y tener presente la reserva del caso federal (arts. 5, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55 y 119 –tercer y cuarto párrafo inc. d- y 164 del CP y 20 inc. 1, 106, 201, 202, 203, 205, 210, 225, 371, 373, 421, 450, 451, 454 inc. 1, 456, 459, 460, 530 y 531 C.P.P.).

Así LO VOTO.

A la misma cuestión planteada el señor juez doctor PIOMBO, dijo:



Adhiero al voto de mi colega preopinante en igual sentido y por los mismos fundamentos.

ES MI VOTO.

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente:

SENTENCIA

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve:

I.- DECLARAR ADMISIBLE el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada el 4 de marzo del año 2013 por el Tribunal en lo Criminal N° 6 de Lomas de Zamora, sin costas.

II.- CASAR PARCIALMENTE el decisorio impugnado por el Sr. Defensor Oficial, Dr. Sergio Raúl Robles, con el alcance previamente explicado en los considerandos.

III.- REDUCIR LA SANCIÓN impuesta a E. O. V. y, en consecuencia, FIJARLA en 17 AÑOS DE PRISIÓN, manteniendo incólumes el resto de las declaraciones allí contenidas.

IV.- TENER PRESENTE la reserva del caso federal formulada en los términos del art. 14 de la Ley 48.

Rigen los arts. 5, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 55 y 119 –tercer y cuarto párrafo inc. d- y 164 del CP y 20 inc. 1, 106, 201, 202, 203, 205, 210, 225, 371, 373, 421, 450, 451, 454 inc. 1, 456, 459, 460, 530 y 531 C.P.P.

Regístrese, comuníquese, notifíquese a las partes y oportunamente devuélvase al Tribunal en lo Criminal N° 6 de Lomas de Zamora, al que se le encomienda anotar al causante de este decisorio y que una este legajo a su principal que le sirve de antecedente.

FDO.: RICARDO RAMON MAIDANA – HORACIO DANIEL PIOMBO

Ante mi: Diego Daniel Mariano Alcalde