



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

C-42.617

En la ciudad de La Plata a los 26 días del mes de abril de dos mil once, se reúnen en acuerdo ordinario los señores jueces integrantes de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires, Jorge Hugo Celesia y Fernando Luis María Mancini (art. 451 in fine del C.P.P. según ley 13.812)), a fin de resolver el recurso de casación interpuesto en la causa n° 42.617 a favor de **C. S. P.**. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **CELESIA – MANCINI**.

ANTECEDENTES

El 31 de marzo de 2010 el Tribunal en lo Criminal n° 1 del Departamento Judicial Morón resolvió en la causa n° 3072, condenar a C. S. P. a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma.

Contra ese pronunciamiento, el defensor oficial de la Defensoría General de dicho departamento judicial, Gustavo Giachino, interpuso el recurso de casación que figura a fs. 40/51 del presente legajo.

Efectuadas las vistas correspondientes y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

Primera: ¿Corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **primera cuestión** planteada, el juez **Celesia** dijo:

I. El recurrente plantea como motivos de agravio: 1) la errónea aplicación del contenido del art. 34 inc. 1 del C.P. y de los arts. 1, 64, 210,

367 y 373 del C.P.P.; 2) la errónea aplicación de la norma contenida en el art. 42 del C.P. y 3) la errónea aplicación de los arts. 40 y 41 del C.P.

1) Dice que la imputabilidad es un pre-supuesto de la culpabilidad razón por la cual debe ser suficientemente acreditada para habilitar el juicio de reproche que se dirige contra el imputado.

En ese sentido, sostiene que le incumbe al Ministerio Público Fiscal la demostración de que el acusado resulta penalmente capaz de ser sujeto de imputación.

Argumenta que la carencia del examen mental al que alude el art. 64 del C.P.P. sumado a una multiplicidad de factores objetivos verificados en la investigación preparatoria y reeditados en el juicio, permiten sostener un margen de duda razonable en cuanto a la concreta capacidad de comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones que P. habría tenido al tiempo del hecho.

Expresa que en la sentencia controvertida la petición de inimputabilidad se rechaza por dos circunstancias: la falta de pericia médica que así lo establezca y la módica ingesta de la que da cuenta el informe médico de fs. 12.

Señala que el análisis de la prueba resulta parcial y fragmentario ya que desconoce una mutiplicidad de elementos convergentes que detalla, a saber:

a.el acta de procedimiento inicial incorporada al debate por lectura, donde consta que ante la actuación policial en procura de aprehender a P. éste respondió intentando atacar a los agentes del orden y al ser reducido intentó golpearse la cabeza para finalmente decirles “van a ir todos presos, los voy a denunciar”. En su criterio ello denota un estado de exaltación y agresividad propio de la ingesta de alcohol.

b.los testimonios que prestaron las víctimas durante la investigación dieron cuenta que P. se encontraba borracho o drogado por la forma en que se conducía. Aclara que si bien en el debate fueron contestes al afirmar que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

supusieron dicho estado debido a que P. tenía una botella en la mano, los testigos también manifestaron que durante todo el robo les habló contándoles sus experiencias anteriores en la cárcel mientras blandía el recipiente que portaba formulando frases como “yo ya estuve preso”, “no me voy a ensuciar por ustedes”, “si quiero les robo todo”.

c.la declaración de la Sra. Roxana del Valle Acuña quien dijo que en horas de la tarde había mantenido contacto con su ahijado y que por la forma en que hablaba y se movía parecía estar borracho. Añadió que P. ingería regularmente medicación psiquiátrica por prescripción médica.

d.el reconocimiento médico de fs. 12 que permitió corroborar una ingesta compatible con el primer período de embriaguez practicado seis horas más tarde de la aprehensión del imputado.

e.los fármacos que les son suministrados a P. regularmente en la seccional policial donde permanece detenido. Detalla que diariamente ingiere carbamazepina, risperidona 3 mg, y clonazepan 2 mg.

Argumenta que es altamente probable que la conciencia de P. en el momento del hecho se hallara en el segundo período de ebriedad lo que a su entender excluye la capacidad de culpabilidad. En apoyo de su postura cita la obra de Bonnet “Lecciones de medicina legal”, López libreros editores, pag. 213 y ssgtes. Reseña la clasificación tripartita que el autor efectúa en relación al estado de ebriedad.

Concluye que la relativización de la ingesta contenida en el fallo ignora el tiempo transcurrido entre la aprehensión y la realización del examen médico y el consumo regular por parte del imputado de la medicación psiquiátrica. Sostiene que dichos extremos resultan por demás ilustrativos del estado de intoxicación que padeció P. al tiempo del hecho y que se correspondería con la segunda categoría esbozada por Bonnet, es decir, la

ebriedad completa que importa la pérdida de la conciencia y consiguientemente de la imputabilidad.

Entiende que la verborragia que denotaba su asistido –descrita por las hermanas Ponce en sus testimonios- y el notorio grado de agresividad –documentado en el acta inicial-, permiten sostener que en el caso concreto se reunieron los caracteres del segundo estadio de embriaguez.

Sostiene que la negativa de P. a someterse a la extracción sanguínea no puede articularse como parámetro para rechazar la declaración de inimputabilidad, ya que considera que la obligación de demostrar la capacidad del imputado para estar en juicio como presupuesto de su hipotética culpabilidad está puesta en cabeza del Ministerio Público Fiscal. Señala que el rechazo podría haber sido fácilmente superado mediante una mínima intervención en el imputado a los fines de obtener la muestra sanguínea para llevar a cabo el dosaje de alcoholemia.

Considera que dicha pericia sumada al examen previsto en el art. 64 del C.P.P. hubiesen permitido establecer con certeza el estado de P. al tiempo de ser aprehendido, extremo que permanece en un cono de sombras y que no logra ser completamente disipado a partir de la prueba reunida.

Aclara que su postura no constituye una interpretación diversa respecto de la ponderación de la prueba ensayada por los señores jueces. Por el contrario, opina que el análisis del sentenciante omitió la consideración de un cúmulo de pruebas que evaluadas conjuntamente conducen a una solución opuesta a la ensayada por los magistrados, dejando en definitiva expuesto el absurdo en que incurrieron.

Solicita en consecuencia, la libre absolución de su defendido.

2) Como planteo subsidiario, solicita el cambio de calificación legal de la conducta de su asistido.

Postula que en el caso no se superó la etapa de la tentativa en virtud de que más allá del apoderamiento físico sobre el dinero, éste no salió de la esfera de custodia de la víctima entendida en sentido amplio.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En apoyo de su postura, argumenta que las hermanas Ponce resultaron contestes al indicar que la suma sustraída la recuperaron en su totalidad y que la intervención policial se produjo instantes después de producido el evento que culminó con la aprehensión de P. a unos doscientos metros del lugar del hecho. Interpreta que lo expuesto resulta demostrativo de la ausencia de actos que de modo cierto y efectivo acrediten la disponibilidad del producto del delito.

Transcribe el párrafo de la sentencia donde el Tribunal consideró acreditado el robo consumado. Sostiene que en la interpretación que hace el sentenciante media una errónea aplicación del art. 42 del C.P. ya que la circunstancia de que la víctima haya perdido de vista a su victimario no alcanza por si sola para tener por consumada la conducta del imputado. Por otra parte, destaca que el tiempo que transcurrió hasta que la víctima recuperó el dinero resulta indiferente debido a que su rescate tuvo lugar instantes después del hecho frustrándose de ese modo la intención del ladrón por circunstancias ajenas a su voluntad.

Entiende que la esfera de custodia del dueño no puede ser asimilada a la posibilidad de visualizar al ladrón debido a que conduce a dejar librado el problema a la suerte visual de la víctima obteniendo a partir de esa errónea interpretación de la esfera de custodia soluciones injustas y arbitrarias, como la que se presenta en el suceso juzgado. Como ejemplo, reflexiona sobre la posibilidad concreta que tendría la víctima de recuperar la cosa en el caso en que el ladrón huye en línea recta y se aleja a una distancia de quinientos metros y en otro supuesto donde en vez de huir rectamente, el victimario opta por doblar en la esquina siendo apresado a los pocos metros. De acuerdo a la deformidad a la que se llegó en la interpretación de la doctrina de la ablatio y de la esfera de custodia, dice que en el primer ejemplo, el

suceso se encontraría en grado de conato mientras que en el segundo, el hecho habría alcanzado su consumación.

Considera que en cada caso debe determinarse si el sujeto pasivo pudo recurrir al auxilio o búsqueda eficaz del autor en las inmediaciones vinculado a la efectiva recuperación de la cosa y no a una intermediación temporo espacial. Concluye que la disponibilidad de la cosa debe ser real y no ficta, y que por ende el autor del apoderamiento tiene que ejercer un dominio efectivo del bien de manera ilícita ingresándolo a su patrimonio, situación que no se da cuando es apresado en las cercanías a los pocos minutos de transcurrido el suceso por personal policial que fue advertido por las víctimas.

Solicita en consecuencia el cambio de calificación.

3) Sostiene que aún para el caso que se considere que no existen pautas estrictamente objetivas que conlleven a justificar la excesiva distancia del mínimo legal, en el caso la severidad del quantum sancionatorio establecido en la sentencia en crisis encierra un exceso ostensible en la medida en que el robo cometido mediante intimidación con una botella y del que resulta el desapoderamiento de una suma cercana a los diez pesos es punido con un monto igual al que el legislador estableció como mínimo para el delito de homicidio.

Propicia que no puede considerarse pauta agravante de la sanción a imponer la pluralidad de víctimas y la presencia de menores. Argumenta que de los relatos transcritos en la sentencia se advierte que sólo puede considerara víctima en sentido estricto a Vanesa E. Ponce ya que su hermana Erica presencié el hecho desde un pasillo contiguo al local y ajeno al lugar donde se desarrollaba la escena y donde también se encontraban ubicados los menores de edad que ingresaron a la vivienda familiar ante lo sucedido.

Asimismo, postula que de no considerarse a la ebriedad como determinante de su inimputabilidad, debe ser valorada como pauta



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

menguante de la sanción a imponer en tanto conlleva una menor capacidad de determinarse al cumplimiento positivo de la norma. Cita jurisprudencia de esta Sala.

Sostiene que la existencia de un proceso anterior en trámite que alcanzó resolución por sentencia firme después de la detención de su asistido no puede considerarse pauta agravante debido a que de acuerdo a lo que establecen los arts. 40 y 41 del C.P. las circunstancias que hacen a la medida de la pena deben evaluarse “al tiempo del hecho”. Expresa que, por el contrario, debe ponderarse la ausencia de condenas penales previas como un factor diminuyente de la pena.

Argumenta que para graduar la pena se debe tener en cuenta el tipo del ilícito, todas aquellas situaciones que reducen el ilícito y su intensidad ya que afectan la culpabilidad, para analizarlas en forma amplia. Afirma que a partir de allí es posible partir de la idea que ilícito y culpabilidad cuando se trata de fijar la pena constituyen una continuación de los conceptos utilizados en la teoría del delito, fundamento de la pena.

Señala que cuando los jueces efectúan valoraciones de prevención general asumen funciones que clásicamente se atribuyen al legislador, afectándose no sólo la prohibición de la doble valoración sino también la división de poderes.

Postula que una correcta e integral valoración de las pautas mensuradoras de la pena deben llevar a la casación del fallo dictado por el a quo imponiendo una pena que no se aparte del mínimo legal previsto para la escala penal aplicable al caso.

II. En la oportunidad prevista por el art. 458 in fine del C.P.P. la Sra. Defensora Oficial Adjunta ante este Tribunal, Ana Julia Biasotti, mantiene el recurso de casación deducido remitiéndose en su totalidad a los numerosos y

suficientes fundamentos vertidos en la presentación original.

En cuanto al probado estado de ebriedad al momento de los hechos, agrega que no puede negarse que esa circunstancia conduce al estrechamiento del ámbito de autodeterminación del sujeto con la consiguiente menor capacidad de motivación de conformidad al mandato de la norma debiéndose traducir en un menor grado de reproche.

III. A su turno toma intervención el Sr. Fiscal Adjunto ante esta instancia, Jorge Armando Roldán, quien consideró que el recurso interpuesto no debe prosperar.

Entiende que el recurrente efectuó similares planteos al momento de alegar siendo desechadas sus pretensiones fundadamente por el a quo.

En cuanto al estado de ebriedad de P., advierte que Vanesa Ponce sostuvo que el imputado hablaba bien y que pudo inferir que estaba alcoholizado porque llevaba una botella de cerveza en la mano, no por lo que hablaba. Expresa que por ello el Tribunal entendió que el alcohol detectado no impidió que P. obrara con voluntad preordenada a sabiendas de que se apoderaba ilegítimamente de bienes muebles ajenos y que quería plenamente ese obrar disvalioso.

Con respecto al planteo subsidiario, sostiene que tampoco merece ser atendido ya que surge de la materialidad ilícita que P. fue aprehendido por personal policial a unas cuadras del lugar de los hechos demostrando de esa forma que ejerció aunque sea por breves momentos el poder de disposición sobre la cosa.

Por otra parte, señala que el estado de ebriedad no resulta una de las pautas contempladas como circunstancia a tener en cuenta a los efectos previstos por el art. 41 del C.P. no debiéndose en consecuencia modificar el monto de pena impuesto a P..

Finalmente, entiende que la pena seleccionada reúne las condiciones y fundamentos requeridos por los arts. 40 y 41 del C.P. y se encuentra por debajo de la semisuma del monto mínimo y máximo previsto para el delito



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

endilgado que marcaría el ingreso en la escala penal para aumentar o disminuir el reproche fundado.

IV. Adelanto que el recurso puede prosperar parcialmente.

El recurrente interpreta que la obligación de demostrar la capacidad del imputado para estar en juicio recae en cabeza del Ministerio Público Fiscal.

Al respecto tengo dicho que no resultan admisibles, desde mi punto de vista, la posiciones que circunscriben la aplicación del principio *in dubio pro reo* a las cuestiones relacionadas con la tipicidad de la conducta, excluyéndolo respecto de las que versan sobre su antijuridicidad.

Con independencia del lugar sistemático que ocupen estas cuestiones, según la corriente que se adopte en el marco de la teoría del delito, no existen dudas de que el principio de inocencia, así como el *in dubio pro reo*, que es una de sus principales derivaciones, se refieren a todos los extremos probatorios en general y no admiten ninguna limitación basada en categorías dogmáticas.

La necesidad, consecuente con aquellos principios constitucionales, de que la parte acusadora demuestre todos los extremos de la imputación, no sólo se refiere a la prueba sobre la existencia del hecho y la participación del imputado, sino también a todos los extremos fácticos que se requieren como presupuesto para la aplicación del castigo, incluida la inexistencia de eximentes.

Si del propio relato de los hechos probados por la acusación o de las pruebas del juicio no surgen elementos que permitan presumir razonablemente la existencia de una causa de justificación, la parte acusadora no tiene la carga de demostrar ningún extremo adicional. Pero si de las pruebas del debate emerge la posibilidad de que el imputado haya

obrado justificadamente, es la parte acusadora la que debe descartar racionalmente dicha hipótesis.

La tarea que debe realizar la parte que acusa para desvirtuar la invocación de una eximente es inversamente proporcional al grado de verosimilitud que ésta merezca en función del contexto probatorio. Si éste refleja un cuadro de situación en el que ningún elemento objetivo sugiere la existencia de una causa de justificación, la parte acusadora no necesita demostrar nada más, desde que los hechos probados, por sí mismos, conducen a negar racionalmente la concurrencia de la eximente. En cambio, si el imputado invoca una eximente en un contexto en el que ésta razonablemente podría haber tenido lugar, le incumbe a la parte acusadora descartar dicha hipótesis, demostrando que los hechos no sucedieron de la forma planteada por la defensa.

En el caso de autos, los elementos probatorios colectados en la investigación preliminar introducidos al debate por lectura y los testimonios prestados en el juicio, alcanzan para descartar razonablemente el estado de inimputabilidad invocado por la defensa (causa n° 37.995 “Ernesto Antonio Martínez s/rec. de casación”).

La controvertida fórmula mixta que presenta el art. 34 inc. 1° del C.P., exige para que una persona pueda ser considerada inimputable no sólo que deba concurrir el requisito de la alteración morbosa o la insuficiencia de sus facultades mentales, sino también que ocasionen alguno de los dos efectos psicológico normativos previstos por la norma: la ausencia de comprensión de la criminalidad del acto o la imposibilidad de dirigir su accionar.

La inimputabilidad es la incapacidad psíquica de ser culpable que si bien puede obedecer a una perturbación de la conciencia por insuficiencia de las facultades mentales, debe, además, ser de una gravedad tal que impida al autor comprender la antijuridicidad de sus actos o dirigir sus acciones, condiciones que no se han dado en el caso de autos, toda vez que el lógico accionar desplegado por P. y descripto acabadamente en la resolución que



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

se cuestiona, evidencia que tuvo plena conciencia en todo momento de las consecuencias de su conducta y control suficiente de sí mismo.

Si bien es cierto que P. estaba alcoholizado, circunstancia que resultó ratificada por el examen médico (de fs. 12 del principal), comparto el razonamiento del Tribunal cuando estableció que del dosaje obtenido no se podía concluir que el imputado padecía de un estado de ebriedad o intoxicación absoluta que le impedía tener conciencia de sus actos. Así, entendió que el estado que presentaba P. compatible con el primer período de embriaguez no tenía una entidad tal que pudiera enervar u oscurecer la voluntad preordenada del mencionado quien sin ninguna duda sabía que se apoderaba ilegítimamente de bienes muebles ajenos y quería plenamente para sí ese accionar disvalioso.

El recurrente hace referencia a los testimonios de Vanesa Elizabeth y Erica Fair Ponce, víctimas del suceso y al acta de procedimiento de fs. 1, incorporada por lectura al juicio; y señala ciertas frases que fueron proferidas por el imputado en el momento de los hechos y posteriormente, al ser aprehendido por personal policial. No advierto que dichas manifestaciones demuestren la situación de inimputabilidad que alega el recurrente.

En efecto, la testigo Vanesa Ponce expresó que el día del hecho mientras estaba en el negocio ingresó un muchacho al que describió, destacando que llevaba en su mano derecha una botella de cerveza. Recordó que al verlo ingresar le dijo que no vendía cerveza y le pidió que se retirara, ante ello el sujeto le contestó que no quería comprar cerveza. Detalló que golpeó el mostrador con la botella en reiteradas oportunidades mientras le decía que había estado preso, que no se iba a ensuciar las manos y que si quería podía reventar un banco. Recordó que en una de esas ocasiones tomó dinero del mostrador y se lo guardó en el bolsillo.

La testigo aclaró que el sujeto hablaba bien y que infirió que estaba alcoholizado porque llevaba la botella de cerveza en la mano y no porque tuviera dificultades al hablar, ya que en principio no creyó que estuviera alcoholizado o bajo los efectos de otra cosa.

La Sra. Erica Ponce dijo que ese día mientras estaba saliendo de su casa observó que en el negocio de su hermana, lindero a su vivienda, ingresaba un chico con una botella de cerveza en la mano, que el sujeto amenazaba con la botella a su hermana y en un momento se levantó la remera blanca que vestía mostrando una cicatriz en el abdomen. Expresó que como le dio miedo ingresar, cerró el acceso a su vivienda y le dijo a su sobrino que se encontraba en la vereda jugando con otros niños que se fuera y llamara a la policía. Agregó que el sujeto al salir del negocio con la suma de dinero, cruzó la calle y entró a una agencia de remis, que de ese lugar salió rápidamente doblando a la izquierda de su casa.

En cuanto al acta de procedimiento, consta en la copia que acompaña el recurrente que una vez interceptado, el imputado intentó atacar al personal policial, que luego de un forcejeo logran esposarlo y que mientras estaba reducido procedió a golpearse la cabeza contra el suelo gritando “van a ir todos presos, los voy a denunciar, yo la tengo clara, estuve preso y estoy firmando”.

Las circunstancias detalladas si bien ponen al descubierto el cuadro de embriaguez que presentaba P., también evidencian que fue plenamente imputable, ya que como surge de la prueba reunida y valorada por el sentenciante, el imputado no sólo utilizó una botella para amedrentar a la dueña del negocio mientras tomaba el dinero que se encontraba sobre el mostrador y cuya presencia advirtió, sino que justamente las frases que profería tenían como finalidad intimidarla, demostrando por otra parte cierto control de su conducta en el desarrollo del suceso al no ejercer mayor violencia, como por ejemplo hubiera resultado de haber utilizado la botella que portaba para golpear a la víctima. La resistencia que ejerció



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

posteriormente en su detención constituyó una circunstancia que también demuestra que la apropiación del dinero se trató de una conducta querida y dirigida a sabiendas.

En cuanto a las manifestaciones del inculpado, el Tribunal certeramente descartó su versión al considerar que no tenían asidero probatorio. Por otra parte, entiendo que el intento por mejorar su situación procesal al manifestar que un patrullero lo había ido a buscar a la salita, que la policía le había pegado trompadas por todos lados y había inventado todo debido a que le tenían bronca, también denotan la clara conciencia que P. tuvo al desencadenar los hechos reseñados..

Con respecto a la declaración de la madrina del imputado, Roxana del Valle Acuña, no surge de la sentencia cuestionada ni tampoco de la lectura del acta de debate que la mencionada afirmara que P. ingería regularmente medicación psiquiátrica. Por otra parte, cabe destacar que Acuña en el debate refirió que el imputado hablaba mal dando la apariencia de estar alcoholizado o de haber tomado algo. Asimismo, expresó que ese día permaneció en su domicilio desde las 3.30 hasta las 5.30 horas en que P. le manifestó que iría a la salita 2 de Junio a tomarse la presión porque le dolía la cabeza y que regresaría. Adviértase que en su descargo el imputado intentando justificar su ajenidad con el suceso dijo que la policía lo había ido a buscar a la salita en un patrullero porque le tenía bronca. Lo expuesto claramente lleva a pensar que se trata de una versión exculpatoria del encausado y no de un supuesto estado de afectación de sus facultades en el que se podía encontrar.

Resta agregar que según surge de la sentencia, la Sra. Mónica Peralta, tía del imputado, recibió ese día a su sobrino en su casa alrededor de las diez de la mañana donde permaneció hasta las 2.30 horas y en ningún

momento manifestó que P. estaba bajo los efectos del alcohol o que estuviera tomando medicamentos.

En este sentido, la falta de realización de pericias toxicológicas sobre el imputado al momento de su detención, no son suficientes para acreditar que el mismo se encontraba en estado de inimputabilidad por consumo de fármacos. Más si no fue solicitado en el momento procesal oportuno por quien en esta instancia lo esgrime y cuando de la resolución recurrida no surge que el imputado estuviera ingiriendo en forma regular los medicamentos que el recurrente detalla al momento de los hechos.

En la doctrina que versa sobre la materia existe un consenso bastante generalizado en que no hay ninguna consideración aislada que, tomada en sí misma, justifique al médico a decidir que la cantidad de alcohol consumida ha originado en la persona examinada la pérdida de control de sus facultades (en este sentido, véase: Gisbert Calabuig, Juan Antonio: Medicina Legal y Toxicología, Fundación García Muñoz, Sección Saber, Valencia, 1977, p. 117, entre otros).

A mayor abundamiento, en cuanto al segundo período de ebriedad que menciona el recurrente, Bonnet en su obra "Medicina Legal", segunda edición; explica que en este período la conciencia no está abolida, sólo disminuida, y que el acto es punible debido a que el sujeto tiene capacidad para comprender y actuar, correspondiéndole al magistrado analizar todas las actuaciones del caso. En cuanto a la pérdida de la conciencia, Bonnet la ubica en el cuarto período de ebriedad, y aclara que si bien no es posible descartar de modo absoluto la excepción a la regla debiéndose estudiar cada caso en particular, casi siempre se halla presente la inconciencia sea como síndrome confuso onírico, delirio agudo o automatismo psicomotor.

En consecuencia, considero que el estado en que se encontraba el acusado no resultó demostrativo de la invocada ebriedad o intoxicación absoluta, ya sea por la ingesta de alcohol y/o por otros fármacos o sustancias, como para provocar el estado de inimputabilidad que esgrime la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

defensa.

A mayor abundamiento, en el informe médico de fs. 12, no se hizo referencia a otros síntomas que permitieran pensar en la ingesta por parte del encartado de otros medicamentos asimilándose el cuadro que presentaba a una ebriedad alcohólica del primer período, cuando resultaría lógico pensar que si además del alcohol el imputado hubiera ingerido carbomazepina, rispiridona y clonazepan, los efectos de dicha mezcla seis horas más tarde del hecho deberían haber alertado al médico que practicó el examen como para presumir que además del alcohol se hallaban presentes otras sustancias.

Asimismo, considero que el planteo mediante el cual se denuncia que la fiscalía no arbitró los medios a fin de realizar el examen mental previsto en el art. 64 del C.P. debe ser descartado. Esta Sala tiene dicho que la citada norma se encuentra orientada a obtener un dato indispensable para determinar la capacidad procesal del sujeto –no la imputabilidad- con el fin de lograr actos procesales válidos, es decir, que el examen psiquiátrico allí previsto es una medida de carácter preventivo que tiende a descubrir la posible existencia de síntomas concretos de anormalidad, cubriendo los casos de incapacidad generados antes del proceso y brindando al órgano jurisdiccional interviniente un panorama más completo de la personalidad y de las características psíquicas del autor. Su producción no está impuesta por la ley como condición para que pueda pronunciarse condena, siendo tal circunstancia coherente con el sistema probatorio de convicción sincera. La regla del art. 64 no puede ser equiparada a una regla de prueba legal que omitida o irregularmente realizada impida el convencimiento del Juzgador merced a otras probanzas que pudieran resultar aptas para generarlo (causa 35.018 “Strano, Jonatan Ariel s/ rec. de casación”, sentencia reg. bajo nº

96/09).

Sentado ello, debo decir que con sus planteos el recurrente no logró demostrar ningún vicio de absurdo o arbitrariedad en la labor del sentenciante, cuestiones que tampoco advierto luego de haber efectuado el máximo esfuerzo de revisión posible en la tarea de fiscalización del fallo cuestionado, en consecuencia propongo no hacer lugar a este tramo del recurso.

En cuanto al segundo motivo de agravio, como bien señaló el sentenciante entre la sustracción de los objetos y su recuperación transcurrió un tiempo suficiente que permitió afirmar que el imputado pudo disponer de lo sustraído. En efecto, al describir la materialidad ilícita, el sentenciante encontró acreditado que el día 16 de diciembre de 2009, aproximadamente a las 18.00 horas, C. S. P. ingresó al comercio ubicado en la calle Sanabria de la localidad de Villa Teseo, y una vez en el interior previo a amenazar a sus propietarias Vanesa Elizabeth y Erica Fair Ponce con una botella de cerveza que blandía en forma intimidatorio en una de sus manos, se apoderó ilegítimamente de la suma de 11.05 pesos aproximadamente para luego darse a la fuga con el botín en cuestión. Momentos después personal policial alertado del hecho logró la aprehensión de P. a pocas cuadras del lugar y el secuestro en su poder del dinero sustraído.

Tengo dicho en reiteradas ocasiones que la conducta que el legislador describió como reprochable en el delito de robo no se perfecciona con el mero “desapoderamiento” de la cosa al sujeto pasivo, sino que, además, tal como lo indica el propio verbo típico, debe producirse un efectivo “apoderamiento” de la misma por parte del sujeto activo, implicando ello que, aunque por unos segundos, éste debe gozar del poder de disposición material que el primero tenía sobre el objeto desapoderado, lo cual resulta viable, cuando como en el caso las víctimas habían perdido toda posibilidad de impedir esa disposición y la intervención policial originada en una comunicación al servicio del 911 fue posterior a punto tal que como indicó el



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

a quo debieron emprender una búsqueda para intentar ubicar al asaltante.

En consecuencia, entiendo que se produjo efectivamente una sustitución en virtud de la cual el sujeto activo pasó a ocupar el lugar del sujeto pasivo en cuanto al vínculo fáctico de poder que éste tenía con la cosa reflejado en la posibilidad material de disposición.

Contrariamente a lo que interpreta el recurrente, no se trata de asimilar la esfera de custodia a la posibilidad de la víctima de visualizar al ladrón, sino que debe determinarse en cada caso particular por un lado, la posibilidad material de disposición y por otro, la posibilidad concreta que existe de impedir u obstaculizar esa disponibilidad como datos objetivos.

La teoría de la esfera de custodia, que algunos autores elaboraron, permite determinar el momento en que el sujeto pasivo pierde la posibilidad de disponer de la cosa. En el caso de autos, considero que el imputado tuvo la posibilidad de disponer materialmente del dinero sustraído, puesto que había salido del ámbito de poder de la víctima sin que ésta tuviera la posibilidad de recuperarlo, requisito que no resulta modificado por el hecho de que posteriormente el personal policial lograra recuperar los efectos robados.

Es por ello que entiendo, no corresponde hacer lugar al cambio de calificación solicitado.

Finalmente, en lo que atañe al agravio relativo a las pautas de mensuración de la pena, el mismo resulta parcialmente atendible.

Como he dicho en pronunciamientos anteriores (v.g. “Bagaglia” Nro 4442 28/2/2 reg. 58), la determinación de la pena es una facultad inherente a los jueces de grado que sólo admite el control casatorio, fuera del absurdo probatorio, ante una arbitrariedad manifiesta en la selección del monto

sancionatorio o la errónea significación agravante o disminuyente de la pena atribuida a una circunstancia que pueda incidir en su cuantificación.

En el primer sentido, de fijar la especie y el monto de la pena, los jueces del juicio poseen una facultad que debe ser entendida como lo que se hace libre y prudencialmente en función de una potestad inherente a la jurisdicción que ejercen, y que debe atenerse a la sensatez y la prudencia evitando la arbitrariedad o falta de razón.

A diferencia de lo que sucedía con nuestros antecedentes legislativos -Código Tejedor, Código de 1886, ley 4189 de 1903- y con los diversos proyectos anteriores al del año 1917 -Proyectos de 1881, 1891, 1906 y 1916-, que prescribían la imposición de una pena media para aquellos supuestos en los que no concurrían atenuantes ni agravantes, debiendo aumentarse o disminuirse según la presencia de unas u otras; en el actual código de fondo no se prevé criterio formal alguno en ese sentido, permitiendo al juzgador la elección de la sanción que considere mas adecuada y justa para el caso concreto, en la inteligencia de que cada hecho y cada autor son diferentes y presentan particularidades que difícilmente puedan reducirse a criterios rígidos y estandarizados.

Al tratar la cuarta cuestión del veredicto, el sentenciante valoró como agravantes la pluralidad de víctimas, la presencia de menores en el local comercial y la existencia del proceso en trámite anterior que registra el imputado donde fue condenado a la pena de nueve meses de prisión en orden al delito de robo y robo en grado de tentativa.

Comparto los argumentos del recurrente cuando considera que la pluralidad de víctimas y la presencia de menores no constituyen en el suceso juzgado circunstancias que puedan ser meritadas como agravantes, ya que no se advierte un soporte fáctico que permita inferir la concurrencia de las mismas. En efecto, si bien al describir la materialidad ilícita, el sentenciante mencionó que en el interior del local P. amenazó a Vanesa y a Erica Ponce, lo cierto es que de la prueba valorada por el a quo, analizada en los



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

apartados anteriores, surge que en el interior del local sólo se encontraba la Sra. Vanesa mientras que su hermana observaba el suceso desde un pasillo que comunicaba el comercio con la vivienda. Similares fundamentos llevan a rechazar la agravante relativa a la presencia de los menores en el local comercial, ya que surge claramente del testimonio de Erica Ponce que los menores no ingresaron al negocio y que pudieron darse cuenta de lo que sucedía debido a que la mencionada le pidió a uno de ellos, su sobrino, que fuera a llamar a la policía.

En consecuencia, propongo no considerar las agravatorias en el monto sancionatorio.

También asiste razón al quejoso cuando postula que el estado de ebriedad que presentó su defendido sea considerado a los efectos de graduar su culpabilidad como circunstancia atenuante.

La culpabilidad del autor es graduable, por lo que corresponde entender que el planteo de ausencia de conducta o de inimputabilidad fundado en el grado de intoxicación alcohólica, anteriormente contestado, comprende aquellas alternativas intermedias que podrían tener incidencia, inclusive, en la determinación de la pena.

Si bien es cierto que como señaló el a quo el estado de ebriedad no es de por sí una circunstancia que concurra a atenuar el juicio de reproche, parece bastante claro, que el grado de intoxicación alcohólica que presentaba el imputado era cuando menos cercano a una fase caracterizada por la producción de cierta irritabilidad y agresividad. Recuérdese que en el momento de su aprehensión P. presentó un estado de excitación, intentó agredir al personal policial, golpeó su cabeza contra el piso y fue finalmente reducido mientras repetía “van a ir todos presos, los voy a denunciar, yo la tengo clara, estuve preso y estoy firmando”. Asimismo, mientras permaneció

en el interior del negocio efectuó similares expresiones al tiempo que golpeaba con la botella que portaba el mostrador.

Por lo tanto, si bien nada de esto le habría impedido al imputado comprender la criminalidad de sus actos ni dirigir sus acciones, conforme con lo ya analizado, de todos modos es innegable que sus frenos inhibitorios se hallaban reducidos, circunstancia que debe verse reflejada en la construcción de una pena que resulte ajustada a su grado de culpabilidad en el hecho.

En cuanto al agravamiento extraído de las sentencias condenatorias anteriores, en línea con el precepto que el artículo 41 del Código Penal establece en su inciso 2° que, se fundamenta en el mayor grado de reproche que corresponde hacer al imputado, sobre quien pesa, además de la norma de deber y la amenaza abstracta de pena, la concreta imposición de otros castigos anteriores, lo que aumenta su capacidad para motivarse conforme a derecho en comparación con quien no ha sido condenado con anterioridad y mantiene con la norma abstracta de deber su relación originaria.

Dicho agravamiento no involucra ningún cuestionamiento al imputado por su conducción de vida, sino una respuesta punitiva más intensa por el grado de desprecio por la norma que puso en evidencia al cometer un nuevo delito. Lo decidido por el tribunal de juicio tampoco configura un *bis in idem*, desde que el agravamiento de la punición en tales circunstancias no comporta un nuevo castigo por el hecho anterior, sino un legítimo intento de delimitar el grado exacto de culpabilidad por la comisión del nuevo hecho y, con ello, el tope máximo al que se puede llevar el castigo por cuestiones preventivo especiales.

Por lo tanto, considero acertada la valoración de la agravante analizada.

Así lo voto.

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

Adhiero al voto del Juez Celesia en igual sentido y por los mismos fundamentos.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Así lo voto.

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

Vista la forma en que han quedado resueltas las cuestiones planteadas, propongo casar parcialmente el fallo recurrido por haber aplicado erróneamente el art. 41 del C.P. al valorar como agravantes la pluralidad de víctimas y la presencia de menores en el local comercial debiendo valorarse como atenuante la menor culpabilidad del imputado derivada de su grado de intoxicación alcohólica, en consecuencia y en consideración de la restante agravante fijada en el fallo, fijar la pena impuesta a C. S. P. en seis años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma.

Rechazar el recurso en orden a los restantes motivos de agravio.

Arts. 34 inc. 1, 40, 41 y 42 del C.P. y arts. 210, 448, 530, 531 y cctes. del C.P.P.

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

Adhiero al voto del Juez Celesia en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente

S E N T E N C I A

Por ello, y en mérito del acuerdo que antecede, la Sala II del Tribunal,

R E S U E L V E:

I. HACER PARCIALMENTE LUGAR al recurso interpuesto por la defensa y **CASAR** la sentencia impugnada por haber aplicado erróneamente el art. 41 del C.P. al valorar como agravantes la pluralidad de víctimas y la presencia de menores en el local comercial, debiendo computarse como atenuante la menor culpabilidad del imputado derivada de su grado de

intoxicación alcohólica, en consecuencia y en consideración de la restante agravante fijada en el fallo, fijar la pena impuesta a C. S. P. en seis años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma.

II. RECHAZAR el recurso interpuesto en orden a los restantes motivos de agravio.

Arts. 34 inc. 1, 40, 41 y 42 del C.P. y arts. 210, 448, 530, 531 y cctes. del C.P.P.

III. Regístrese, notifíquese a la Defensa y al Ministerio Público Fiscal y devuélvase para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

FDO.: JORGE HUGO CELESIA – FERNANDO LUIS MARÍA MANCINI

Ante mi: Gonzalo Santillán Iturres