

RECURSO DE CASACIÓN-NULIDAD-NULIDAD ABSOLUTA-EFECTO CORRECTOR-AFECTACIÓN DE GARANTÍA CONSTITUCIONAL- PRUEBA INDICIARIA-VALORACIÓN INTEGRADA.

1.No puede existir declaración de nulidad, sea ésta genérica o específicamente conminada, si no existe un interés afectado. Esa condición que ha sido expresamente establecida para las nulidades relativas (arts. 169 C.P.P.N. y 187 C.P.P. Cba.), rige también para las nulidades absolutas, toda vez que ni la insubsanabilidad ni la oficiosidad con que la ley resguarda la situación del imputado tienen por objetivo crear a su favor un sistema de nulidades puramente formales, al margen del «principio del interés». La nulidad, en consecuencia, sólo puede declararse cuando sea susceptible de beneficiar procesalmente a la parte en cuyo favor se hace, esto es, cuando la declaración de nulidad absoluta tiene un efecto corrector, porque ha existido una efectiva afectación de la garantía constitucional resguardada y, por tanto, ello encuentra reparación a través de la retrogradación 2.No resulta óbice para sostener una conclusión condenatoria, la valoración de prueba indirecta, en la medida en que los indicios meritados sean unívocos y no anfibológicos y a su vez sean valorados en conjunto y no en forma separada o fragmentaria Es indispensable la ineludible valoración integrada de la prueba indiciaria. Cuando se trata de una prueba de presunciones es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del hecho al que se vinculan -en cuyo caso no cabría hablar con propiedad de este medio de prueba- y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ambivalentes.La confrontación crítica de todos los indicios resulta inexcusable para poder descartarlos, por lo que el argumento de la supuesta ambivalencia individual de cada uno de ellos constituye un fundamento sólo aparente que convierte en arbitraria a la sentencia portadora de este vicio.

SENTENCIA NÚMERO: QUINCE

En la Ciudad de Córdoba, a los veintiocho días del mes de febrero de dos mil catorce, siendo las diez horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal doctora Aída TARDITTI, con asistencia de los señores Vocales doctores María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL y Luis Enrique RUBIO, a los fines de dictar sentencia en los autos caratulados "MAYDANA, Carlos A. y otro p.ss.aa. homicidio en ocasión de robo -Recurso de Casación-" (Expte. "M", 86/2011), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Dr. Héctor José Alberto Flores, en ejercicio de la defensa del incoado Carlos Alberto Maydana, en contra de la Sentencia número veinte, dictada el doce de agosto de dos mil once, por la Excma. Cámara Tercera del Crimen de la ciudad de Córdoba.

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

1º) ¿Es nula la sentencia por haber valorado prueba ilegal, específicamente, las intervenciones telefónicas obrantes en autos?

2º) ¿Es nula la sentencia por haber violado las reglas de la sana crítica racional en la fundamentación de la participación del imputado Carlos Alberto Maydana en el hecho atribuido?

3º) ¿Es nula la fundamentación de la pena impuesta al encartado?

4º) ¿Qué resolución corresponde dictar?

Los señores Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Doctores Aída TARDITTI, María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL y Luis Enrique RUBIO.

A LA PRIMERA CUESTIÓN:

La señora Vocal doctora Aída TARDITTI dijo:

I- Por Sentencia N° 20, del doce de agosto de dos mil once, la Cámara Tercera del Crimen de la ciudad de Córdoba resolvió, en lo que aquí interesa: “I) Rechazar los planteos de inconstitucionalidad del art. 41 bis del Código Penal y de nulidad de las escuchas telefónicas, formulado por el señor Defensor Dr. Héctor Flores, con costas (arts. 550 y 551 del C.P.P.). II) Declarar que CARLOS ALBERTO MAYDANA, ya filiado, es coautor del delito de Robo calificado por Homicidio, agravado por el empleo de arma de fuego, contenido en la acusación de fs. 525/535, e imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de dieciocho años de prisión, con accesorias de ley, costas y declaración de reincidencia (CP, 45, 1er supuesto, 165, 41 bis, 12, 50, 40 y 41; CPP, 550 y 551)”.

II.- El defensor de Maydana, Dr. Héctor José Alberto Flores, interpone recurso de casación en contra del decisorio de mención.

En primer lugar, sostiene que el Tribunal ha valorado prueba ilegal en la fundamentación brindada ya que las escuchas telefónicas, practicadas durante la investigación, fueron realizadas fuera del plazo otorgado por el Juez de Control y por otra parte, la confesión del imputado Nole provocada por el Dr. Ricardo Moreno no puede ser tenida en cuenta ya que forma parte de las comunicaciones entre abogado y defensor, cuya reserva goza de protección constitucional.

III.- El impugnante sostiene que existe un doble vicio en las intervenciones telefónicas cuestionadas. Por un lado, que han sido utilizadas comunicaciones que no se practicaron dentro del plazo avalado jurisdiccionalmente. Por otra parte, que el contenido de la escucha telefónica que ha utilizado el Tribunal – confesión del imputado Nole a su abogado defensor- forma parte del secreto profesional entre cliente y abogado defensor, lo cual está protegido por el ordenamiento constitucional.

Cabe destacar que el defensor efectuó anteriormente sus objeciones renovando las mismas durante el debate. El Tribunal de juicio ha dado respuesta con solvencia, al manifestar “...Como el planteo se renueva en esta sede, corresponde brindar argumentos concretos que respondan al cuestionamiento formulado. Por un lado, el decreto que ordenó la medida resistida fue dictado con fecha 10 de diciembre de 2009, tal como lo sostuviera el quejoso, extendiendo sus efectos por quince días contados “a partir de la fecha de concesión” (ver fs. 86). El instrumento (oficio) que daba cuenta del mismo ingresó el 27 de diciembre de ese año, según lo declaró el policía Pissani... Posteriormente, se solicitó una prórroga de tal intervención, que fue ordenada con fecha 14 de diciembre del año citado por el término de 15 días “a contar del día de la fecha” (fs. 92). Desde el punto de vista fáctico, pues, las “escuchas telefónicas” (como el mismo impugnante las denominó en su alegato) no se obtuvieron fuera del término legal,

toda vez que el dato (que luego analizaremos) supuestamente incriminador es registrado el día 5 de enero del año 2010. Pero además, lo que no advierte el incidentista es que la primera intervención telefónica se refería a los números celulares de Nole y Verón (fs. 86 cit.), mientras que la segunda, esto es, la supuesta prórroga como la tilda aquél, aludía al número telefónico de otra persona, el “sospechado” Hugo Olariaga” (ver fs. 92 cit. Y fs. 87, 90/91 y 94), toda vez que según dijo el nombrado policía Pissani, Nole todavía no había sido habido, y se lo seguía buscando en carácter de prófugo. Con ello, estimo, estaría contestada, rechazándola, la primera tacha de ilegalidad planteada por el defensor de Maydana, con costas (CPP, 550 y 551)...”.

Como se desprende del análisis que realiza el Tribunal, conforme las constancias de la causa, ante el planteo efectuado por la defensa, el dato que se ha tomado de las escuchas telefónicas ha sido obtenido el día 5 de enero del 2010; esa fecha estaba comprendida en el plazo concedido por la autoridad jurisdiccional para que se lleven a cabo las intervenciones, ya que el oficio de las intervenciones telefónicas fue presentado con fecha 27 de diciembre de 2009 y la autorización judicial era por quince días.

Con relación al pedido efectuado por la defensa de invalidez de la confesión efectuada por el imputado Nole a su abogado defensor, cabe destacar que esta Sala tiene dicho que no puede existir declaración de nulidad, sea ésta genérica o específicamente conminada, si no existe un interés afectado. Esa condición que ha sido expresamente establecida para las nulidades relativas (arts. 169 C.P.P.N. y 187 C.P.P. Cba.), rige también para las nulidades absolutas, toda vez que ni la insubsanabilidad ni la oficiosidad con que la ley resguarda la situación del imputado tienen por objetivo crear a su favor un sistema de nulidades puramente formales, al margen del «principio del interés». La nulidad, en consecuencia, sólo puede declararse cuando sea susceptible de beneficiar procesalmente a la parte en cuyo favor se hace, esto es, cuando la declaración de nulidad absoluta tiene un efecto corrector, porque ha existido una efectiva afectación de la garantía constitucional resguardada y, por tanto, ello encuentra reparación a través de la retrogradación (T.S.J., Sala Penal, Sent. nº 70, 26/03/2013, "Ferreyra").

En relación a esta crítica, el perjudicado por la supuesta violación de una garantía constitucional sería Lucas Nole ya que es él quien se autoincrimina hablando con el abogado Ricardo Moreno sin referir en modo alguno a Maydana. Sin embargo, ese supuesto vicio alegado por el recurrente, queda subsanado al cotejarlo con la actividad procesal que desarrolló el “perjudicado” (Nole) en las instancias siguientes; en ese sentido, se debe tener especial consideración que al ejercer el derecho de defensa en el debate, Nole confesó el hecho atribuido, ratificando de esa manera lo manifestado en las escuchas mencionadas. Como se puede apreciar, el único que podría tener un interés en la declaración de nulidad de aquellas escuchas sería Nole, pero su actitud posterior en el proceso, hace que aparezca inútil una declaración de invalidez del acto procesal cuestionado. Una reflexión en sentido contrario, importaría una consagración de un sistema de nulidades puramente formal y un análisis del supuesto vicio apartado del resto de las probanzas del proceso.

Por lo anteriormente expuesto, lo denunciado por el recurrente aparece indemostrado, debiendo declararse formalmente inadmisible.

Así voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL, dijo: La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente las presentes cuestiones. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

El señor Vocal doctor Luis Enrique RUBIO, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

## A LA SEGUNDA CUESTION

La señora Vocal doctora Aída TARDITTI, dijo:

I.- El defensor denuncia también que el Tribunal ha violado las reglas de la sana crítica racional en la fundamentación de la resolución impugnada. Arguye que una correcta valoración de los indicios nos conduce a que los mismos no son unívocos (como se afirma) sino anfibológicos. Fundamenta dicha aseveración en que el a quo, para llegar a la certeza positiva en cuanto a la participación de su defendido en el hecho endilgado, dio preeminencia a la "bulla" que se corría en el pueblo sin considerar que no existen testigos que lo vieran a Maydana el día del hecho ni horas antes del mismo y que no hay secuestro de arma ni objeto alguno que vincule a su asistido con la causa.

II.- Abordando el análisis de esta cuestión traída a consideración por el recurrente, concluyo que la misma debe ser contestada negativamente.

1.- Como se ha advertido en numerosos precedentes, no resulta óbice para sostener una conclusión condenatoria, la valoración de prueba indirecta, en la medida en que los indicios meritados sean unívocos y no anfibológicos (T.S.J., Sala Penal, S. n° 41, 27/12/84, "Ramírez") y a su vez sean valorados en conjunto y no en forma separada o fragmentaria (T.S.J., S. n° 45, 29/7/98, "Simoncelli"; "Bona", cit.; A. n° 1, 2/2/04, "Torres"; S. n° 49, 01/06/06, "Risso Patrón", entre muchos otros). Es indispensable la ineludible valoración integrada de la prueba indiciaria.

En similar sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para la cual "cuando se trata de una prueba de presunciones... es presupuesto de ella que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituya por sí la plena prueba del hecho al que se vinculan -en cuyo caso no cabría hablar con propiedad de este medio de prueba- y en consecuencia es probable que individualmente considerados sean ambivalentes" ("Martínez, Saturnino", 7/6/88, Fallos 311:948; cfr. T.S.J., Sala Penal, S. n° 45, 28/7/98, "Simoncelli"; A. 32, 24/2/99, "Vissani"); "la confrontación crítica de todos los indicios resulta inexcusable para poder descartarlos, por lo que el argumento de la supuesta ambivalencia individual de cada uno de ellos constituye un fundamento sólo aparente que convierte en arbitraria a la sentencia portadora de este vicio" (C.S.J.N., "Fiscal c/ Huerta Araya", 12/6/90, citado por Caubet, Amanda y Fernández Madrid, Javier, "La Constitución, su jurisprudencia y los tratados concordados", Errepar, 1995, n° 4840). Así fue que tal tesitura llevó al Alto

Tribunal a dejar sin efecto "la sentencia que absolvió al procesado desconociendo un cuerpo de pruebas e indicios precisos y concordantes que no permitían dudar sobre la existencia del hecho ilícito y la responsabilidad del autor del delito" ("Lavia", 12/5/92, citado por Caubet y otro, ob.cit., n° 4390; T.S.J., Sala Penal, "Bona", cit.).

Así entonces, en la medida en que resulta inherente a la esencia de la prueba indiciaria la consideración conjunta de las distintas premisas que la integran, la fundamentación que prescinde de tal lectura global –única que confiere sentido convictivo a los indicios- configura una motivación omisiva que nulifica la decisión en ella sustentada (T.S.J., Sala Penal, S. n° 112, 13/10/05, "Brizuela"; "Risso Patrón").

2- La resolución jurisdiccional cuestionada por el defensor expresa detalladamente, los distintos elementos probatorios directos e indirectos recabados durante la tramitación del juicio, que valorados conjuntamente conforme las reglas de la sana crítica racional, permitieron arribar al sentenciante a la conclusión que Carlos Alberto Maydana es coautor penalmente responsable de los hechos endilgados en la plataforma fáctica.

En primer lugar, el Tribunal ha tenido en cuenta el elemento incriminante directo que existe en el proceso, la confesión del imputado Nole durante el debate, la que ratifica el relato efectuado al comunicarse con su abogado defensor a pocos días de ocurrido el suceso "...En el debate, Nole confesó claramente su intervención en aquel (el hecho), pidiendo disculpas, incluso, por el resultado ocasionado que, lo dio a entender, no estaba en los planes originarios. Sin decirlo expresamente, al reconocer el hecho tal como estaba fijado en la acusación dejaba traslucir que su coimputado Maydana también había tomado parte en el evento, siendo éste quien efectuó el disparo mortal..." (fs. 647).

En oportunidad de la escucha telefónica, Nole expresó "...Eh acá estamos o sea después de un mosquito; asustado ahora como todos, eh. Y bueno y fuimos con otro chango, porque nosotros fuimos supuestamente, íbamos a buscar una plata que tenía, era asaltarlo nada más, y bueno, nos dimos con que tenía un revólver el hombre en la cintura, y bueno el otro cuando le disparó, le tiró, le pegó dos tiros y lo mató...".

"Eh bueno de ái nosotros nos vamos todo, todo bien supuestamente, yo me quedo confiado, ya tiramos todo, y yo me olvidé de tirar las zapatillas, lo único... en Santiago Temple" (fs. 646).

Siguiendo con el análisis, el sentenciante, correctamente, valora una serie de elementos indiciarios que dan sustento a la autoincriminación de Nole.

\* En primer lugar, reflexiona sobre la cantidad de personas que intervinieron en el proceso delictivo según las últimas palabras que alcanzó a decir el fallecido Morero "...A la hora de establecer si tal reconocimiento se ha corroborado por el resto del cuadro probatorio reseñado, vemos que esa confesión confirma los extremos acreditados en la presente causa. Es que, por un lado, el evento analizado sucedió aproximadamente a las seis de la mañana del 27 de noviembre de 2011. Bustos, única persona presente en la morada del occiso, su tío, escucha cerca de esa hora una discusión y a continuación dos disparos de arma de fuego. Herido, Moreno ingresa a su morada y le dice a su

sobrino “les disparé a los mafiosos”, sin aclarar nada más, luego de lo cual fallece. Con ello da a entender que más de un sujeto lo había atacado y que sus agresores le merecían un calificativo de carácter delictivo. El occiso se encontraba armado y, no obstante su expresión, no alcanzó a efectuar disparo alguno en contra de “los” intrusos”. También se determinó que su sobrino, Bustos, no hizo disparo alguno en la ocasión...” (fs. 646 vta./647).

\* Del lugar del hecho –campo del damnificado Morero- fueron secuestradas dos vainas servidas, correspondientes a un arma similar a la que usaba Maydana para faenar animales, circunstancia que llevó a los investigadores a profundizar la investigación en torno a su persona. En ese sentido el Tribunal reflexiona “...Coincidentemente, fueron halladas dos vainas servidas, correspondientes a una carabina calibre 22”, en el lugar del hecho... Desde un primer momento, más precisamente, desde esa misma mañana ya se sospechó de la intervención de Maydana en la causación de la muerte de Morero. Tanto por el mal concepto de que gozaba como por la circunstancia de que, se sabía, tenía un arma que se correspondía con las vainas caídas cerca de la vivienda de la víctima. Hasta su padre había dejado de faenar con él (tarea que ejecutaban con aquella carabina) luego de ser agredido por Maydana, formulando una exposición donde lo tildó de “peligroso”. (fs.647) “...A las doce horas del 27/11/09 se allana el domicilio del occiso, secuestrándose documentación del mismo y una escopeta de dos caños superpuestos, un revólver, ocho cartuchos, 1 proyectil y dos vainas servidas calibre 22”...De acuerdo al Informe Técnico Balístico Nº 952692 y 962325/09, la escopeta corresponde al calibre 16 Nominal, el revólver es calibre 38” largo, dos de los ocho cartuchos corresponden al calibre 16 nominal y los seis restantes son calibre 38 largo. Además fue hallado un proyectil que ha sido parte constitutiva de un cartucho correspondiente al calibre 22” L.R. de plomo endurecido, y dos vainas servidas que han pertenecido a cartuchos del mismo calibre. Por el tipo de percusión que poseen, se consigna en aquel informe que podría tratarse de un arma tipo automática, carabina Rubí Extra o similar. Las marcas que presentan en sus culotes de ignición indican que fueron servidas por la aguja de un arma de fuego de percusión anular periférica; y lo han sido por la aguja percutora de una misma arma de fuego, automática tipo carabina (fs. 183/187)...” (fs. 643).

\* También el Tribunal tuvo en cuenta en su examen, las conclusiones que se desprenden de las declaraciones de los comisionados en las actuaciones, con relación a lo que mencionaron los vecinos del imputado Maydana, respecto a la utilización del arma mencionada “...Destacó que la huella de calzado encontrada evidenciaba que el que se dirigió por el sector este conocía bien al campo, y la zona, sabía por dónde ir, no cualquiera se manejaba por allí. Sostuvo que “la bulla en el pueblo, de entrada, señalaba a Maydana (hijo) en este hecho y también en los anteriores sufridos por Morero”. El testigo precisó que Maydana padre e hijo faenaban juntos, como ya dijo usando una carabina, hasta que el primero formuló la exposición en contra del restante a la que hizo referencia, momento en que dejaron de hacerlo. Y las vainas encontradas en el lugar del hecho, calibre 22, coincidían con las del arma que “Cañoncito” tenía...” (declaración del Oficial Inspector Carlos Santiago Pisani) (fs. 639).“...La dicente

(Silvia Inés Sánchez) entrevistó a un vecino que le dijo que Maydana había estado ofreciendo una carabina, y al nombrado se lo conoce con el apodo de “Cañoncito”. No sabe cómo se lo conoce a Maydana padre. De la investigación llevada a cabo pudo establecer que el acusado Maydana usaba una carabina para matar animales. Por ello, pidieron orden de allanamiento para lo de Maydana pero no encontraron elementos relacionados con la causa (Sargento Primero Silvia Inés Sánchez)...” (fs.639 vta.).

\* Entre los traídos a proceso existía una relación previa, según refirieron los testigos en el juicio “...Ambos imputados se conocían y frecuentaban, jugaban al fútbol, compartían asados y se contactaron con frecuencia en los días previos al del hecho, así como también en la fecha del suceso...” (fs. 648).

\* En esa línea de razonamiento, el Tribunal ha examinado con precisión, lo que se desprende de las sábanas telefónicas de los celulares que usaban los traídos a proceso el día del hecho “...Después de retirarse cada uno de los lugares donde estuvieron, Nole y Maydana se comunicaron telefónicamente antes de la hora del hecho y, luego de un también sugestivo silencio, con posterioridad al mismo. También lo habían hecho como se vio el día 25 de noviembre de 2009...” (fs. 647 vta.). Para fortalecer las sospechas de vinculación entre Nole y Maydana, el sentenciante al realizar el análisis de las llamadas, puso hincapié en que además de haber existido los días previos, se pusieron en contacto horas antes del suceso investigado, se interrumpieron en el momento de la muerte de Morero y se reestablecieron después del mismo “...Así se estableció lo siguiente (ver Informe de fs. 113/135), debiendo recordarse que el hecho ocurrió el 27 de noviembre, aproximadamente a las seis horas, y lo consignado a continuación alude a contactos establecidos entre aparatos que se hallaban en el área de Santiago Temple. El día 25/11 Nole y Maydana intercambiaron cuatro mensajes de texto y establecieron comunicaciones entre ellos de acuerdo a este detalle: Dos a las 22,43 hs; otras dos a las 0,47 horas; once entre las 4,11 y 4,28 horas; una más por la mañana y, posteriormente, cinco entre las 16,51 y 18,58 horas y seis entre las 22,38 y 23,05. el 26/11, hubo cinco mensajes entre las 21,07 y 23,03 y once comunicaciones entre las 14,24 y 23,02. El día veintisiete de noviembre (en que tuvo lugar el hecho) entablaron nueve comunicaciones entre las 4,27 y 4,46 horas; luego de un sugestivo silencio, se reanudaron; entre las 7,02 y 8,04 hubo cuatro contactos, mientras que de 11,40 a 11,44 hs hubo otros cuatro...” (fs. 645 vta.).

\* Con respecto a la ausencia de secuestro del arma utilizada en el ilícito, así como de algún elemento vinculado con el suceso en los allanamientos realizados, cabe recordar lo manifestado por Nole al comunicarse con su defensor cuando refirió“...ya tiramos todo, y yo me olvidé de tirar las zapatillas, lo único... En Santiago Temple”.

Como se puede apreciar, la confesión efectuada por el imputado Nole se ve corroborada por los distintos elementos indiciarios unívocos valorados por el sentenciante, los cuales confirman que los atacantes del fallecido fueron más de uno; que entre Nole y Maydana existía una relación previa; que los días anteriores al hecho y el mismo día antes y después de la muerte del damnificado, hubieron reiteradas y sucesivas comunicaciones entre los imputados con un

sugestivo silencio al momento de la ejecución; que el secuestro de las dos vainas servidas y el proyectil encontrados, son similares a los del arma que utilizaba Maydana para faenar animales y que había andado ofreciendo a la venta días previos al hecho. Como conclusión de la transcripción y análisis de la sentencia impugnada, se desprende con claridad que el Tribunal ha realizado un prolífico y detallado examen y conexión de los distintos indicios recolectados a lo largo del proceso respetando las reglas de la sana crítica racional; tales elementos de prueba indirectos, valorados en forma amplia y conjunta, nos conducen hacia la certeza positiva en cuanto a la participación penal de Carlos Alberto Maydana en el hecho atribuido.

Por lo anteriormente expuesto, lo solicitado por la defensa resulta formalmente inadmisible.

Así voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL, dijo: La señora Vocal preopinante da, a mi juicio, las razones necesarias que deciden correctamente las presentes cuestiones. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

El señor Vocal doctor Luis Enrique RUBIO, dijo: Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

### A LA TERCERA CUESTION

La señora Vocal doctora Aída TARDITTI, dijo:

I.- El recurrente procura demostrar la arbitrariedad en la individualización de la pena al amparo del motivo formal de casación (fs. 673 a 676).

Censura que se ha valorado la peligrosidad del imputado, lo cual está vedado por nuestro sistema constitucional. Objeta la mayor relevancia dada a la intervención en el hecho, porque ambos actuaron en connivencia (un robo con arma y se fueron dejando herida a una persona). Cuestiona que se pondere la condena previa en su contra.

Remarca que no es equitativo que habiendo sido juzgados y condenado por el mismo hecho al otro condenado se le haya impuesto el mínimo y a su defendido más años, lo que vulnera el principio de proporcionalidad.

II. Al momento de imponer las penas a Carlos Alberto Maydana y Lucas Javier Nole, el Tribunal valoró circunstancias atenuantes comunes a ambos imputados, consistentes en que son “individuos jóvenes, padres de familia, no concluyeron sus estudios y no han gozado de facilidades para procurarse el sustento propio y de los suyos, además de que no poseen adicciones”.

Como circunstancias agravantes comunes, se valoró “el horario de comisión y las características del lugar, en cuanto a su aislamiento, donde se cometió el hecho acreditado, la edad de la víctima y su indefensión frente a los atacantes, de

acuerdo a la percepción previa de éstos, quienes sorpresivamente se encontraron con una persona que estaba armada”.

En el caso de Maydana, como circunstancias agravantes individuales ponderó “su peligrosidad, demostrada tanto por su comportamiento anterior al hecho, que mereciera un concepto disvalioso donde residía” y por el modo de realización del hecho, asimismo que “registra una condena anterior que lo convierte en un reincidente específico y su protagonismo en el suceso delictivo fue, sin dudas, mucho más relevante que el de su compañero en el mismo.

Con respecto a Nole, ponderó como atenuantes individuales la confesión, la colaboración en el proceso, la actitud posterior porque “mostró un arrepentimiento, que pareció sincero, por lo acontecido” y la carencia de condena previa (fs. 651/652).

III.1. Esta Sala tiene dicho en numerosos precedentes que “...La facultad discrecional de fijar la pena es exclusiva del tribunal de juicio y únicamente es revisable en casación en supuestos de arbitrariedad. Dentro de ese estrecho margen de recurribilidad relativo a las facultades discretionales del tribunal de sentencia, se ha fijado el estándar de revisión en los supuestos de falta de motivación de la sentencia, de motivación ilegítima o de motivación omisiva. En este sentido se ha sostenido que el ejercicio de estas facultades discretionales se encuentra condicionado sólo a que la prudencia pueda ser objetivamente verificable y que la conclusión que se estime como razonable no aparezca absurda respecto de las circunstancias de la causa, extremo éste, demostrativo de un ejercicio arbitrario de aquellas potestades...”.

Cabe advertir que tal arbitrariedad, no consiste en una mera discrepancia con el monto de la pena impuesta dentro de los márgenes de la escala penal aplicable. En tal sentido, la determinación del monto de la pena configura lo que podría denominarse el núcleo en el que existen pequeños márgenes de discrecionalidad, esto es, que puede ser objeto de un control judicial más reducido, pero control al fin, siempre que exhiba algunos de los defectos mencionados (falta de proporcionalidad).

2. En forma liminar, corresponde señalar que la fijación de montos diferentes de penas a los condenados como coautores en un hecho, no configura per se un ejercicio arbitrario en la individualización judicial, pues no existe un derecho a una pena “idéntica” en la medida que las diferencias se encuentren sustentadas objetivamente en circunstancias agravantes o atenuantes no comunes.

En el caso, la Cámara fijó para el imputado recurrente una pena superior en cuatro años y ocho meses que al otro condenado, ponderando como agravantes la peligrosidad, la reincidencia y el protagonismo más relevante durante la ejecución del hecho.

Se analizará entonces a seguido, si esas agravantes son circunstancias legítimas y, en tal caso, si desbalancearon en contra del imputado para explicar un monto de la pena muy superior al del consorte de causa.

3. La primera de las circunstancias mencionadas (peligrosidad), puede ser valorada como agravante en la medida que, como ha sostenido esta Sala, “culpabilidad y peligrosidad delictiva, deben armonizarse en términos que ni los fines resocializatorios vinculados a la idea de peligrosidad delictiva sean

negados, ni la aceptación de estos últimos termine desvinculando la magnitud de la pena, de la gravedad del injusto y de la culpabilidad del autor” (T.S.J. Sala Penal, “Espíndola”, S. 246 15/09/2008). Por peligrosidad se entiende la peligrosidad delictiva, porque ella es la compatible con el derecho penal de acto, es el “criterio de individualización cualitativa de la pena receptado en otros institutos del ordenamiento positivo vigente, como acontece con los contemplados en los arts. 26, 27, 27 bis, 13 C.P., entre otros...”, y que no confronta con los fines de la pena (fallo cit.).

En este sentido, la Cámara ha utilizado como agravante por peligrosidad, el mal concepto que tenía la comunidad de Maydana. Este concepto disvalioso de la comunidad no es equivalente con la peligrosidad delictual y trasunta el riesgo de incorporar, aun indirectamente rastros del derecho penal de autor, por lo cual corresponde considerarla ilegítima. El protagonismo más relevante que el Tribunal ponderó que tuvo Maydana en relación a Nole, pues fue el primero quien disparó en contra del fallecido Morero. Dicha valoración carece de relevancia toda vez que habiendo sido calificados ambos como coautores, rige el “principio de imputación recíproca” de las distintas contribuciones, en virtud del cual todo lo que haga cada uno de los coautores, es imputable (es extensible) a los demás. De modo que lo normativamente igualado no puede luego ser utilizado para punir en menos o más, según diferencias naturalísticas del aporte.

4. En relación a la valoración de la condena anterior de Maydana, que lo convierte en reincidente específico, esta Sala ha considerado legítima la valoración como circunstancia agravante, siempre que no se le otorgue un valor distorsivo conforme al contexto de modificaciones legislativas orientadas a reducir el peso de las consecuencias de la reincidencia iniciado al recuperar la democracia luego del proceso de facto concluido en 1983, consistentes en la derogación de los marcos punitivos agravados previstos en la legislación de facto, la adopción del sistema de la reincidencia real en lugar de la reincidencia ficta hasta entonces vigente, los plazos de caducidad para las condenas anteriores para su valor como antecedentes para la reincidencia, y las disposiciones de la ley de ejecución penitenciaria que no excluye a los reincidentes de la flexibilización del encierro durante el periodo de prueba por medio de salidas transitorias o la incorporación al régimen de semilibertad; e incluso para el otorgamiento de la libertad asistida que es una modalidad de la libertad condicional pero con un tiempo de cumplimiento mayor de la pena (“Cayo”, TSJ Cba., Sala Penal, s. nº 56, 22/06/2006).

6. En virtud de los fundamentos expresados, quedan en pie una de las tres circunstancias agravantes individuales correspondientes a Maydana, lo que lleva a admitir parcialmente el recurso deducido.

Así voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL,

dijo:

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

El señor Vocal doctor Luis Enrique RUBIO, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

#### A LA CUARTA CUESTIÓN

La señora Vocal doctora Aída TARDITTI, dijo:

I.- A mérito de la votación que antecede, corresponde rechazar parcialmente el recurso de casación impetrado por el Dr. Héctor José Alberto Flores, a favor del imputado Carlos Alberto Maydana, en relación a los agravios examinados en la Primera y Segunda Cuestión, con costas (CPP, 550, 551). Asimismo, debe admitirse parcialmente en relación al agravio examinado en la Tercera Cuestión y anular parcialmente la Sentencia N° 20 del doce de agosto de dos mil once, en la cuanto dispone “...imponerle (a Carlos Alberto

Maydana) para su tratamiento penitenciario la pena de dieciocho años de prisión...”.

II. Por razones de economía procesal, cabe resolver sin reenvío toda vez no se presenta como necesario renovar el debate y la sentencia a obtener tendría como único contenido una reducción del monto de la pena impuesta (T.S.J., Sala Penal, Sent. n° 309, “Mazzieri” 10/11/2008, S. N° 124, “Pérez Aragón” 10/05/2010, “Ortiz Rojas” S. N° 66 “Ortiz Rojas” 03/05/2007, entre otros).

Considerando que subsisten las agravantes y atenuantes comunes consignadas en la sentencia de la Cámara que no fueron motivo de agravio y la subsistencia entre las agravantes individuales o singulares sólo de la reincidencia específica, resulta justo y equitativo imponer la pena de dieciséis años de prisión.

Sin Costas en la Alzada por este agravio atento al éxito obtenido (arts. 550 y 551 del C.P.P.).

Es mi voto.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes BLANC G. de ARABEL, dijo:

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

El señor Vocal doctor Luis Enrique RUBIO, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal Aída Tarditti, por lo que adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de idéntica forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;RESUELVE: I. Rechazar parcialmente el recurso de casación impetrado por

el Dr. Héctor José Alberto Flores, a favor del imputado Carlos Alberto Maydana, en relación a los agravios examinados en la Primera y Segunda Cuestión. Con costas (CPP, 550/551).

II. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación impetrado por el Dr. Héctor José Alberto Flores, a favor del imputado Carlos Alberto Maydana y en consecuencia, anular la Sentencia N° 20 del doce de agosto de dos mil once, sólo en cuanto dispuso imponer a Carlos Alberto Maydana "...para su tratamiento penitenciario la pena de dieciocho años de prisión...". En su lugar, corresponde imponerle para su tratamiento penitenciario la pena de dieciséis años de prisión. Sin costas (art. 550 y 551 del C.P.P.).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y los señores Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí de lo que doy fe.