



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

C-42.417

En la ciudad de La Plata, a los 3 días del mes de marzo del año dos mil once, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Segunda del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Carlos Alberto Mahiques y Jorge Hugo Celesia, para resolver en la presente causa **Nº 42.417**, caratulada “**H., C. J. s/ recurso de casación**”.

Practicado el sorteo de ley, resultó en la votación que debía observarse el siguiente orden: **CELESIA-MAHIQUES** (conf. artículo 451 *in fine*, del Código Procesal Penal).

ANTECEDENTES

El 26 de febrero del presente año, el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 1 del Departamento Judicial San Martín, resolvió condenar a C. J. H., por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por efracción, a la pena de tres años de prisión en suspenso y costas.

Contra la sentencia, el Sr. Defensor Oficial Dr. Ricardo Thomas interpuso el recurso de casación que obra a fs. 18/19 de la presente incidencia.

Hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES

Primera: ¿Es admisible el recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

Se hallan reunidos los requisitos de tiempo y forma exigidos normativamente a los fines de otorgar legitimidad al acto de interposición del remedio casatorio, como así también los elementos que hacen a la impugnabilidad objetiva y subjetiva, en tanto se trata de una resolución pasible de ser recurrida en los términos del artículos 450 y 451 del Código Procesal Penal.

El quejoso se encuentra legitimado para hacer uso del recurso interpuesto a tenor de lo establecido en el artículo 454, primer párrafo del mentado cuerpo normativo y, por lo tanto, debe declararse admisible y proceder el Tribunal a decidir sobre los fundamentos de los motivos que lo sustentan (artículos 454, primer párrafo, 464, inciso primero y 465 del Código Procesal Penal).

Así lo voto.

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

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

Así lo voto.

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

I. El recurrente se agravia frente al fallo dictado, por considerar que los sentenciantes aplicaron erróneamente lo normado en el artículo 167, inciso tercero del C.P., pues el hecho atribuido a su pupilo debió ser subsumido en el tipo penal del artículo 164 del Código de fondo, con la consiguiente disminución de la pena impuesta.

Refirió que la fiscalía requirió la elevación a juicio por el delito de robo por efracción, imputando a H. haber *“doblado hacia afuera un barrote*



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

y hacia abajo otro de una reja de la ventana de la casa donde se cometió el robo”, expresándose en los mismos términos el representante del Ministerio Público Fiscal al tiempo de formular los alegatos en la audiencia (conf. acta de debate), de acuerdo con las declaraciones testimoniales producidas en el juicio y, pese a ello, el Tribunal imputó a su pupilo, al describir la materialidad ilícita en el fallo, el haber cometido el hecho *“rompiendo el barrote de la reja de una ventana...y doblando otro”*.

De este modo, señaló el defensor, de acuerdo con la descripción que del hecho le fue imputado a su pupilo en la oportunidad prevista por el artículo 308 del C.P.P., concordante con la formulada en la requisitoria de elevación a juicio, nunca se le atribuyó a H. haber intervenido en un hecho que incluyera la rotura de un hierro de la reja, lesionando con ello el derecho de defensa que asiste al inculpado, pues incorporar de oficio en la acusación una rotura, implica distorsionar el sistema acusatorio.

En segundo lugar, indicó que el hecho de doblar dos barrotes de la reja no admite la aplicación de lo establecido en el artículo 167, inciso tercero del C.P., pues fracturar implica romper o quebrantar, e interpretar que el hecho de forzar, doblando los barrotes, sea sinónimo de fracturar, configura un supuesto de analogía *in malam partem*.

En consecuencia, requirió que se case la sentencia, se califique el hecho como constitutivo del delito de robo simple y, consecuentemente, se disminuya la pena al mínimo legal previsto.

II. Adelanto que el agravio alegado puede ser atendido en virtud de los fundamentos que a continuación procedo a exponer.

De acuerdo con la acusación efectuada por la Sra. Fiscal de Juicio (ver fs. 2 vta y 3 del acta de debate), y de conformidad con el hecho que fue descrito en la requisitoria de elevación a juicio, al inculpado se le

atribuyó haber ingresado a la vivienda sita en la calle Fray Cayetano Rodríguez N° 3.443 de la localidad de Ciudadela Norte, partido de Tres de Febrero de esta provincia, propiedad de Isabel Calabrese, quien no se encontraba en el lugar, y *“previo forzar uno de los hierros de la reja de una de las ventanas, doblándolo hacia fuera y abajo”*, apoderarse de diversos elementos que se hallaban en el interior de la vivienda, siendo posteriormente aprehendido en poder de varios de los efectos sustraídos, por el personal policial que concurrió al lugar.

De este modo, corresponde señalar que le asiste razón al recurrente en cuanto alega que la acción de “doblar” no puede ser interpretada como sinónimo de “fracturar”, en los términos exigidos por el tipo objetivo del delito previsto y reprimido por el artículo 167, inciso tercero del Código Penal, pues torcer o doblar las rejas que protegen una ventana no configura la agravante mencionada, que se consuma cuando el autor quebranta destructivamente alguna de las defensas preestablecidas que actúan como barreras de protección de un bien, con la finalidad específica de apoderarse ilegítimamente de los efectos que se encuentran dentro de un lugar habitado.

Se observa una incongruencia entre la acusación efectuada por los representantes del Ministerio Público Fiscal y la materialidad ilícita del fallo, donde tomando en consideración el contenido de la inspección ocular obrante a fs. 7, en cuanto alude a que la reja *“presenta uno de los hierros roto en su base y otro doblado hacia abajo”*, se estableció que los autores lograron ingresar a la vivienda *“rompiendo el barrote de la reja de una ventana que da a la calle y doblando otro”*.

Dicho accionar no formó parte de la acusación dirigida al inculpado, a quien no se le reprochó la ruptura de la reja, siendo únicamente haberla



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

doblado, por lo que el fallo viola la congruencia entendida como la correlación o identidad que debe existir entre el hecho imputado en las sucesivas etapas procesales y el establecido en el veredicto y la sentencia, para así evitar la sorpresa procesal que supondría la alteración de la plataforma fáctica al momento de sentenciar, y con ello el perjuicio que tal circunstancia supondría para las posibilidades de defensa (conf. precedente “Carducci”, c. 12.413, sent. del 13-XII-2004).

Corresponde en consecuencia, la anulación parcial del fallo en cuanto exorbita la materialidad ilícita atribuida por la Fiscal de Juicio en la audiencia de debate, sin haber dado cumplimiento al procedimiento previsto en el artículo 359 del C.P.P.

Tal déficit fiscal deviene insoslayable y no puede convalidarse validamente sin recurrir al procedimiento previsto en la ley para garantizar el derecho de defensa.

En razón de todo lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso interpuesto, conforme los fundamentos señalados, anular parcialmente la sentencia en cuanto incorpora una agravante de calificación no prevista en la acusación, casar el fallo calificando el hecho como robo simple, y de conformidad con las circunstancias atenuantes valoradas, condenar a C. J. H. a la pena de dos años de prisión en suspenso y costas. Sin costas en esta instancia (artículos 45 y 164 del Código Penal y 530 y 531 y ccdtes. del Código Procesal Penal).

Así lo voto.

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

Adhiero al voto del doctor 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 lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala II del Tribunal de Casación Penal

R E S U E L V E:

I. DECLARAR FORMALMENTE ADMISIBLE el recurso de casación interpuesto (artículos 450, 451, 454, inciso primero, 464 y 465 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires).

II. HACER LUGAR al recurso interpuesto, por los motivos señalados al tratar la segunda cuestión, anular parcialmente la sentencia en cuanto incorpora una agravante de calificación no prevista en la acusación, casar el fallo calificando el hecho como robo simple, y de conformidad con las circunstancias atenuantes valoradas, condenar a C. J. H. a la pena de dos años de prisión en suspenso y costas. Sin costas en esta instancia (artículos 45 y 164 del Código Penal y 530 y 531 y ccdtes. del Código Procesal Penal).

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

FDO.: JORGE HUGO CELESIA – CARLOS ALBERTO MAHIQUES

Ante mí: Gonzalo Santillán Iturres