

Suprema Corte de la Prov. de Buenos Aires, causa P. 83.881, "D. , M. d. C. . R. , J. D. Robo calificado, homicidio criminis causa en grado de tentativa". Rta. 22/12/04

Dictamen de la Procuración General:

La Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal de La Matanza condenó a J. D. R. a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor responsable del delito de robo agravado por el uso de arma en concurso ideal con homicidio "criminis causa" en grado de tentativa; y a M. d. C. D. a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarla coautora responsable del delito de robo agravado por el uso de arma. Arts. 54, 80 inciso 7º y 166 inciso 2º del Código Penal (v. fs. 787/795).

Contra este pronunciamiento interponen recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley los defensores oficiales de los procesados (v. fs. 804/808 y fs. 809/812 vta.).

I)- Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley interpuesto por el Defensor Oficial Adjunto de la procesada M. d. C. D. (v. fs. 804/808).

Funda el recurso en la violación de los artículos 40 y 41 del Código Penal. En primer término, el recurrente considera que el pronunciamiento no se encuentra fundado en ley toda vez que, al evaluar las circunstancias atenuantes, hace una referencia a ellas en forma "demasiado sintética, mediante frases esquemáticas y sin mayores explicaciones". Agrega que el juzgador no explica cómo juega la culpabilidad y el grado de injusto en la determinación de la sanción, lo que atenta contra la debida defensa en juicio al impedir la instrumentación del control de legalidad.

El agravio resulta improcedente.

Los cuestionamientos que aluden a la falta de fundamentación legal en la decisión del tribunal no resultan aptos a fin de demostrar el quebranto legal denunciado, toda vez que ellos son propios del recurso extraordinario de nulidad y ajenos al remedio intentado. Sin perjuicio de ello, quiero señalar que el examen del fallo en cuestión permite advertir el análisis que el tribunal efectúa sobre las distintas circunstancias atenuantes y agravantes sobre las que el apelante oportunamente expresara agravios, así como el apoyo de la decisión en la jurisprudencia que emana del máximo Tribunal de la Provincia.

En segundo término, cuestiona la defensa la valoración de la pluralidad de intervinientes y de la nocturnidad como circunstancias agravantes. En el primer caso, alega que "no ha quedado probado" que la pluralidad de intervinientes se llevara a cabo con el acuerdo previo para la comisión de delitos, así como tampoco que tal tópico constituya un índice de mayor peligrosidad en el agente. Con relación a la nocturnidad, transcribe abundante jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, argumentando que "en la presente investigación no se ha efectuado análisis alguno que permita inferir que la procesada tuvo intención de delinquir al amparo de las sombras".

Tampoco este agravio puede prosperar.

El defensor expresa su discrepancia con la graduación punitiva impuesta por el juzgador, pero fundándose únicamente en su particular punto de vista sobre las distintas cuestiones valoradas, sin evidenciar el quebranto legal denunciado.

Al respecto ha sostenido V.E. que las conclusiones de los jueces de instancia acerca de la apreciación de las circunstancias atenuantes y agravantes mencionadas en los artículos 40 y 41 del Código Penal, pueden ser revisadas ante la instancia extraordinaria únicamente cuando se demuestre que, con violación a las leyes de la prueba, se ha omitido computar indebidamente un motivo de agravación o se ha valorado como agravante lo que debe ser atenuante o que medie infracción a las escalas penales fijadas para el delito (conf. P. 40.570, sent. del 12-XII-1989; P. 55.688, sent. del 31-X-1995), supuestos que no se han presentado en el caso de autos.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la crítica se ha formulado desde el terreno probatorio, alegando que la pluralidad de intervinientes no se encuentra probada y que no se ha efectuado análisis alguno sobre la nocturnidad (v. fs. 806 vta. y fs. 807 vta.), el apelante debió inexorablemente relacionar su reclamo con las normas adjetivas que, a su criterio, la sentencia habría conculcado. Al no hacerlo, los agravios devienen insuficientes, conforme las exigencias que establece el artículo 355 del Código de Procedimiento Penal (según ley 3.589 y sus modif.).

Advierto, en atención a lo expuesto, que el recurso debe ser desestimado.

II)- Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley interpuesto por el Defensor Oficial del procesado J. D. R. (v. fs. 809/812 vta.).

El presente recurso de inaplicabilidad de ley se ha planteado en los mismos

términos que el que fuera intentado a favor de la co-procesada M. d. C. D. . El análisis comparativo de esos escritos recursivos demuestra la misma terminología y fundamentación, razón por la cual considero innecesario reiterar lo dictaminado al evaluar aquella queja, remitiéndome a lo allí expuesto.

Por todo ello, propicio el rechazo de los recursos intentados.

Tal es mi dictamen.

La Plata, 20 de marzo de 2002 - Juan Angel De Oliveira

## A C U E R D O

En la ciudad de La Plata, a 22 de diciembre de 2004, habiéndose establecido, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 2078, que deberá observarse el siguiente orden de votación: doctores Hitters, Roncoroni, Soria, Kogan, Genoud, de Lázzari, se reúnen los señores jueces de la Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario para pronunciar sentencia definitiva en la causa P. 83.881, "D. , M. d. C. . R. , J. D. . Robo calificado, homicidio criminis causa en grado de tentativa".

## A N T E C E D E N T E S

La Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del Departamento Judicial de La Matanza condenó a J. D. R. a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas por resultar coautor responsable del delito de robo agravado por el uso de armas en concurso ideal con homicidio criminis causa en grado de tentativa éste como autor; y a M. d. C. D. , a la de ocho años de prisión, accesorias legales y costas por resultar coautora responsable del delito de robo agravado por el uso de armas.

Los señores Defensores Oficiales de los procesados interpusieron sendos recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley.

Oído el señor Subprocurador General, dictada la providencia de autos y hallándose la causa en estado de pronunciar sentencia, la Suprema Corte decidió plantear y votar las siguientes

## C U E S T I O N E S

1ª) ¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 804/808 a favor de la coimputada D. ?

2ª) ¿Lo es el deducido a fs. 809/812 vta. a favor del coprocesado R. ?

## V O T A C I O N

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Hitters dijo:

1.ª Denuncia el señor Defensor la violación por parte del a quo de los arts. 40 y 41 del Código Penal.

a) Sostiene que la alzada "...no explica cómo, a su entender, juega la culpabilidad y el grado de injusto en la determinación de la sanción, al menos aún la congruencia que debe existir entre injusto, culpabilidad y peligrosidad" (fs. 805 vta./806). Para añadir a renglón seguido que, "la ausencia de fundamentación atenta contra la debida defensa en juicio, especialmente porque impide la instrumentación del control de legalidad de aquellos actos, cuyo fundamento se ignora o al menos ingresan en el área de las suposiciones.." (fs. 806 cit.).

b) Cuestiona la ponderación como circunstancia agravante a la "pluralidad de intervinientes", pues afirma que no se ha acreditado que tal concurrencia de personas se llevara a cabo con el acuerdo previo para la comisión de delitos; y mucho menos, que constituya índice de mayor peligrosidad en el agente, pues tal criterio deviene absurdo.

c) Agravia también a la defensa el cómputo de la nocturnidad como severizante de la pena a imponer, ello así pues sostiene en la causa no se ha efectuado análisis alguno que permita inferir la intención de la imputada de delinquir "al amparo de las sombras". Invoca en apoyo de su postura doctrina legal de esta Corte.

2.ª a) La transgresión de los arts. 40 y 41 del Código Penal por falta de fundamentación o motivación del fallo no se ha configurado.

Pues el tribunal a quo abordó la cuestión de la individualización de la pena analizando la situación particular de cada uno de los dos procesados en función de lo cual mantuvo una atenuante, expuso las razones por las cuáles debían computarse la nocturnidad y la pluralidad de intervinientes como agravantes y excluyó otras dos circunstancias como tales (fs. 793/794). De este modo justificó su decisión (Ac. 56.599, sent. del 23-II-1999).

b) En relación a la agravante referida a la "pluralidad de intervinientes", el agravio no podrá tener favorable acogida pues el recurrente se limita a expresar que la circunstancia en cuestión debe valorarse en tal carácter "en la medida que dicha concurrencia de personas se lleve a cabo con el acuerdo previo para la comisión de delitos y en el sub examine no ha quedado probado y mucho menos aún que tal tópico constituya índice de mayor peligrosidad en el agente.." (fs. 806 vta.); mas no se advierte que aunque así hubiera sido, la mentada pluralidad no pudiera evidenciar un índice de mayor peligrosidad (art. 41 inc. 2º del Código Penal) (P. 53.675, sent. del 27?XII?1994; P. 66.649, sent. del 2?IV?2003).

c) Respecto de la ponderación de la nocturnidad como pauta aumentativa de pena, he sostenido antes de ahora (P. 52.202, sent. del 12-XII-1995) que aquélla "... no siempre evidencia mayor peligrosidad del agente activo". "Parece evidente que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, el hecho de haberse cometido un delito durante la noche constituye, por regla, una tonalidad que califica el ilícito, pues con frecuencia la oscuridad es buscada y aprovechada por el delincuente para favorecer su actividad y para encubrir su conducta".

"Mas si bien esa es la regla, como tal admite excepciones, ya que en verdad depende del elemento subjetivo, que es el más trascendente, dado que es el que revela el índice de peligrosidad; por ejemplo al detectarse que el sujeto delinquirió, 'intencionalmente' al amparo de las sombras. Por otra parte no siempre las tinieblas son aptas para favorecer las circunstancias penalmente punibles, por lo que esta conducta debe valorarse también sin perder de vista el delito cometido".

"Nuestro Código Penal ¿a diferencia de otros? no menciona en especial a la nocturnidad como agravante, empero no hay duda que ella debe ser considerada en el momento de la fijación y la graduación de la pena, porque se constituye en una circunstancia de tiempo que 'puede' demostrar peligrosidad; aunque ¿como dije? depende de las acreditaciones concretas del expediente (Núñez, Ricardo C., Derecho Penal Argentino, t. II, p. 464)".

La defensa se funda expresamente en el criterio que acabo de reseñar ¿correspondiente a mis votos precedentes? y considero que le asiste razón. El tribunal afirmó sobre la nocturnidad que "... tiende de antemano a lograr la impunidad y hace así a la peligrosidad mayor de quien actúa en ese ámbito

elegido..." (fs. 793).

Esta consideración, per se, no justifica la incorporación de tal pauta de agravación y aunque en este caso se aceptara que hubo una elección deliberada de actuar durante la noche, no cabe inferir de allí, en forma necesaria, una mayor peligrosidad de los agentes. Se infringe así el régimen legal de los arts. 40 y 41 del Código Penal. Corresponde, por lo tanto, casar el fallo en este aspecto y ejercer competencia positiva (art. 365, C.P.P. citado). La circunstancia que el a quo considera relevante ¿aseguramiento de impunidad? debe ser contrapesada con otros datos de la causa, de los cuales resulta que el hecho en examen podría haber sido más gravoso si se lo hubiera ejecutado de día.

Así, de acuerdo a la materialidad acreditada, se disparó reiteradamente hiriendo a la víctima (fs. 788/vta.) y resulta del acta de fs. 3/4 que se trata de "una zona densamente poblada", por lo que es razonable concluir que un ataque similar a plena luz del día podría haber extendido el peligro a terceras personas y sería demostrativo de mayor audacia y por ende más peligrosidad [(art. 41 incs. 1 y 2 del C.P.) (De la Rúa, Jorge. Código Penal Argentino. Parte General. Ediciones Lerner, 1972, pág. 549)].

Estas consideraciones son suficientes, a mi modo de ver, para no evaluar en calidad de agravante la comisión del ilícito en horas de la noche.

En consecuencia, deben reenviarse los autos a la instancia de origen para que se proceda a graduar la penalidad a imponer conforme a las circunstancias atenuantes y agravantes que han quedado firmes.

Así lo voto.

A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Roncoroni dijo:

1) Adhiero al voto del doctor Hitters, salvo en cuanto admite el agravio relativo a la agravante de nocturnidad. A mi juicio este agravio debe también ser rechazado.

En efecto, estimo que la apreciación de si la nocturnidad hace más grave la "naturaleza de la acción" (art. 41 inc. 1 del Código Penal), o si ella confluye con las demás circunstancias de "tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad [del sujeto]" (art. 41 inc. 2), es una cuestión que depende de la evaluación de los hechos concretos de la

causa, y que como tal es ajena a la revisión extraordinaria, salvo absurdo.

2) Es cierto que, como lo recuerda mi colega con cita de precedentes de esta Corte, no puede afirmarse en abstracto que la nocturnidad deba ser siempre un motivo para agravar la pena. Así por ejemplo, puede ser irrelevante que una injuria se profiera de noche. Sin embargo, también es cierto que tampoco puede afirmarse de modo abstracto que la nocturnidad no sea motivo para agravar la pena, conforme alguno de los dos incisos antes citados. En suma, no puede aseverarse ni una cosa ni la otra, sin valorar los hechos de la causa.

3) Me pregunto entonces si es absurdo afirmar que la nocturnidad agrava la comisión del robo (con tentativa de homicidio) de autos. Teniendo en cuenta que el hecho se cometió en una calle de tierra, en las proximidades de una villa (ver descripción de fs. 374 y croquis de fs. 5), no aparece como un error palmario afirmar que la noche facilitaba las maniobras del robo, disminuyendo las posibilidades de que tanto la amenaza inicial a la víctima, como el minucioso despojo y la posterior fuga, fueran vistas por ocasionales transeúntes. Encuentro que de ningún modo es absurdo encuadrar el caso en las previsiones del art. 41 antes citado.

4) Es cierto que la sentencia se limita a una escueta mención para fundar la aplicación de la agravante. Sin embargo, en todo caso, eso no es materia del recurso de inaplicabilidad de ley (art. 161 inc. 3 letra "a" de la Constitución de la Provincia). Ante la afirmación contenida en la sentencia, no puede la defensa limitarse a reiterar el criterio general según el cual la nocturnidad no siempre funciona como agravante, sino que debe indicar por qué es absurdo sostener que sí lo fue en el caso.

5) Aunque lo dicho ya basta a mi juicio para rechazar este agravio, es conveniente señalar además que el requisito establecido en los precedentes de esta Corte que cita mi colega de la "elección deliberada" se presta a múltiples equívocos y a interpretaciones extremas que deben evitarse si no se quiere privar de toda posibilidad de aplicación a la agravante. Por empezar me pregunto ¿cuál sería una elección no deliberada? ¿Acaso con la palabra "deliberada" nos referimos a una deliberación o discusión previa entre los imputados? Evidentemente, este no puede ser el sentido de la expresión, pues entonces la agravante no sería aplicable en caso de haberse cometido el delito por un solo sujeto, que no tuvo oportunidad de deliberar con nadie.

6) La elección de la nocturnidad debe juzgarse con el mismo criterio que la

elección de las demás agravantes. Así por ejemplo, acreditado que un sujeto robó usando un arma de fuego (que esta Corte ha juzgado agravante incluso en la figura, hoy modificada, del art. 166 inc. 2 del C.P.), no buscamos una prueba especial de que lo hizo "deliberadamente" pensando, horas o minutos antes del hecho que tal uso iba a facilitar la comisión del delito, o que era una ventaja en la fuga, etc.

Pues no, si acaso el delincuente utilizó el arma contra su voluntad, o si blandió el arma de fuego pensando que era un arma blanca, o si pensó que al llevar un arma de fuego y no un cuchillo daba ventajas a la víctima, son todos supuestos, poco frecuentes por cierto, que pueden resultar del modo de actuar del delincuente en el caso concreto. Pero nadie exige una prueba especial, una suerte de examen psicológico que demuestre que el delincuente deliberó con otros (o consigo mismo) acerca de las ventajas y desventajas de utilizar un arma de fuego en el robo.

Pues lo mismo sucede con la nocturnidad.

En suma, una vez descartadas las interpretaciones extremas del requisito de la elección deliberada, se advierte que no hay absurdo alguno en afirmar que la comisión en horas de la noche del robo en juzgamiento, lo hace más grave conforme a las disposiciones del art. 41 del Código Penal.

Voto por la negativa.

Los señores jueces doctores Soria, Kogan, Genoud y de Lázzari, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Hitters, votaron la primera cuestión planteada en el mismo sentido.

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

El señor Defensor del coimputado R. reproduce en su recurso los mismos fundamentos esgrimidos en el planteo que se reseñara en la cuestión anterior. Sintéticamente, invocando la denuncia de violación de los arts. 40 y 41 del Código Penal, cuestiona entre otros planteos la ponderación de la "nocturnidad" como circunstancia agravante de la pena, por lo que solicita no sea computada a esos fines.

El embate es acertado por los fundamentos expuestos en el ap. 2.ºc) de la cuestión anterior, a los que me remito, en honor a la brevedad.

Corresponde en consecuencia, excluir a la "nocturnidad" del nivel

correspondiente a la determinación de la pena en relación al coimputado R. (arts. 40 y 41, Código Penal).

Por lo tanto, la sentencia debe ser casada en este aspecto y reenviada a la instancia de origen para que se proceda a graduar la penalidad a imponer conforme a las circunstancias atenuantes y agravantes que han quedado firmes (art. 365, C.P.P. según ley 3589 y sus modif.).

El resto de los agravios debe ser rechazado por los motivos consignados en la cuestión anterior, a los que también me remito.

Así lo voto.

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

Adhiero al voto del doctor Hitters, con la misma salvedad que en la cuestión precedente, relativa a la aplicación de la agravante de nocturnidad (art. 41, C.P.). Respecto de esta disidencia parcial, me remito a los motivos expuestos al votar la cuestión precedente.

Voto por la negativa.

Los señores jueces doctores Soria, Kogan, Genoud y de Lázzari, por los mismos fundamentos del señor Juez doctor Hitters, votaron la segunda cuestión planteada en el mismo sentido.

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, oído el señor Subprocurador General, se resuelve por mayoría hacer lugar a los recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley interpuestos. En consecuencia se revoca parcialmente la sentencia de fs. 787/795, y se excluye de las agravantes consideradas por el tribunal a quo a la nocturnidad (arts. 365, C.P.P. según ley 3589 y sus modif.; 40 y 41, C.P.).

Vuelvan los autos a la instancia de origen para que proceda a graduar la penalidad a imponer a los procesados D. y R. , conforme lo precedentemente resuelto y las demás circunstancias atenuantes y agravantes que han quedado firmes.

Regístrese y notifíquese.