

REGISTRO NRO: 15.229 .4

//la ciudad de Buenos Aires a los 8 días del mes de julio de 2011 se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y los doctores Augusto M. Diez Ojeda y Mariano González Palazzo como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, Nadia A. Pérez, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 596/601 vta. de la presente causa nro. 12.094 del registro de esta Sala, caratulada: "**MARIANI, Juan Carlos s/ recurso de casación**"; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral Criminal N°5, de esta ciudad de Buenos Aires, en el marco de la causa N°3285 de su registro interno, con fecha 16 de diciembre de 2009 resolvió, en cuanto aquí interesa: "**I. CONDENAR a JUAN CARLOS MARIANI, de las demás condiciones personales consignadas, por ser instigador del delito de robo con arma de fuego agravado por la intervención de un menor de edad, en grado de tentativa, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y costas (artículos 12, 29 inciso tercero, 41 quater, 42, 44, 45, 166 inciso 2°, segundo párrafo del Código Penal, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). II CONDENAR a JUAN CARLOS MARIANI, a la PENA ÚNICA de OCHO AÑOS Y DIEZ MESES DE PRISIÓN, accesorias legales y costas, comprensiva de la mencionada en el punto que antecede y de la pena de tres años de prisión en suspenso, cuya condicionalidad se revoca, impuesta el 31 de octubre de 2005 [por] el Tribunal Oral en lo Criminal N° 11 de esta ciudad, en la causa n° 2098, por ser coautor del delito de robo doblemente**

agravado por haber sido cometido mediante el empleo de armas de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada y en lugar poblado y en banda (artículos 12, 27, 29, inciso tercero y 58 del Código Penal)” (fs. 560/584 vta.).

II. Que contra esa resolución interpuso recurso de casación el Dr. Federico Andrés Paruolo, defensor de confianza del encausado (fs. 596/601 vta.), que fue concedido por el tribunal *a quo* (fs. 602), fue mantenido a fs.611, sin adhesión del Dr. Ricardo Gustavo Wechsler, Fiscal General ante esta Cámara (fs.609 vta.).

III. Que la defensa técnica encauzó su impugnación a través de ambas hipótesis previstas por el art. 456 del C.P.P.N., solicitando expresamente, en los términos de los arts. 470 del C.P.P.N., se case la resolución puesta en crisis y se absuelva al imputado.

En cuanto al segundo motivo contemplado por el art. 456 del código adjetivo, el recurrente postuló la arbitrariedad de la sentencia impugnada pues, a su entender, no se acreditó el hecho atribuido a su pupilo. Concretamente, sostuvo que no existen elementos probatorios que permitan afirmar, con el grado de certeza requerido para un pronunciamiento condenatorio, que Mariani haya determinado directa o indirectamente a Aranda a cometer el hecho pesquisado en autos (cfr. fs. 599 vta/600).

En forma subsidiaria, sostuvo que, en el peor de los casos *“sólo podría intentarse una imputación a mi defendido en virtud de una supuesta colaboración previa al hecho, que habría consistido en no cerrarle el paso a Aranda al momento de entrar este en el establecimiento”* (fs. 600 vta.).

Asimismo, sostuvo que de los elementos probatorios reunidos en autos, no se puede tener por acreditada la finalidad prevista por el art. 41 *quater* del C.P. *“razón por la cual la agravante no debe ser considerada al momento de componer la pena”* (fs.601 vta.).

En cuanto al agravio introducido a tenor de lo dispuesto por el

inc. 1 del art. 456 del C.P.P.N., el impugnante postuló que la sentencia puesta en crisis aplicó erróneamente los arts. 41 y 58 del C.P. (fs. 600), pues al fijar el *quantum* punitivo, los sentenciantes ponderaron negativamente la anterior condena en suspenso que registra el imputado. Sin embargo, puntualizó que su asistido *“no ha tenido una experiencia previa en tal sentido que permita asegurar que los principios constitucionales de reinserción social requieran un cumplimiento de pena efectivamente más elevado”* (fs. 601).

IV. En la oportunidad prevista por el art. 466 del C.P.P.N. el impugnante amplió fundamentos (613/618vta.) para resaltar la ausencia de prueba en torno a que su defendido le hubiera facilitado el arma a Aranda. Al respecto consideró que *“de las pericias realizadas sobre el arma no se han extraído impresiones dactiloscópicas que pertenezcan a mi pupilo”*, sumado ello a que *“del informe solicitado al RENAR no surge que [éste] fuera el dueño del arma o tuviera vinculación alguna con ella”* y que *“tampoco surge de las testimoniales recabadas declaración alguna que permita presumir que mi defendido siquiera conocía le existencia de dicha arma”* (fs. 616).

Agregó, según su entender, que la circunstancia de que Aranda haya ingresado con una “guía filcar” o “guía T” *“permite inferir que no tenía un conocimiento exacto de la ubicación del establecimiento, lo que debería haber tenido si se sostiene que mi defendido fue el autor de[l] plan criminal”* (616 vta.).

Reiteró sus agravios en torno a la errónea aplicación de los arts. 41 y 58 del C.P. y adunó que el *a quo* incurrió en *“un exceso al aumentar la pena propuesta por el agente fiscal”* (fs. 618).

Por último, insistió para que se absuelva a su defendido o,

subsidiariamente, se le impute *“la pena prevista en el tipo principal (art. 166, inciso 2º), con la reducción prevista por el artículo 46 [del C.P.]”* (fs. 617 vta.).

En la misma oportunidad procesal, el Fiscal General ante esta Cámara propició fundadamente el rechazo del recurso bajo tratamiento (fs. 619/623) pues, a su juicio, *“las argumentaciones del recurrente no pasan de ser meras discrepancias con la significación que el Tribunal ha dado a las distintas circunstancias y probanzas obrantes en autos”* (fs. 620 vta.).

Destacó que la actuación delictiva de Mariani se encuentra acreditada toda vez que el abonado de telefonía celular que utilizó Aranda se encontraba a nombre del imputado (fs. 622).

Finalmente, respecto de la errónea aplicación de los arts. 41 y 58 del C.P. invocada por el recurrente, sostuvo a partir del antecedente registrado por el imputado, éste demostró *“una inconducta procesal más que evidente, la cual ha llevado al a quo a la conclusión inequívoca que el método adecuado para la unificación de las condenas es el aritmético”* (fs. 622 vta.).

V. Que celebradas las audiencias previstas por el art. 468 del C.P.P.N. y 41 del C.P., de lo que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Realizado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo: doctor Augusto M. Diez Ojeda, doctor Gustavo Hornos y doctor Mariano González Palazzo.

Y CONSIDERANDO:

El señor juez Augusto M. Diez Ojeda dijo:

I. Inicialmente, corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas (art. 457 del C.P.P.N.), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (art. 459 del C.P.P.N.),

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del C.P.P.N., y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual.

II. Superada la evaluación de admisibilidad del recurso, encuentro oportuno precisar que tanto en el requerimiento de elevación se le atribuyó al encausado *“el haber participado junto con quien fuera en vida Carlos Rolando Aranda, en el intento de apoderarse ilegítimamente, mediante el uso de un arma de fuego, de la suma de pesos sesenta (\$60) o pesos setenta (\$70), perteneciente a la caja chica de la empresa “IDPHOTO S.A.”; pesos cien (\$100) propiedad de Mónica Silvia Pereyra (empleada de la firma aludida); pesos ciento treinta (\$130) propiedad de Juan José Labarthe (empleado de la firma “IDPHOTO S.A.”); como así también el cheque N°00219978 del Banco Francés perteneciente a la cuenta de Vázquez Patricia Mónica con vencimiento el 29 de junio de 2009 por \$7.383,9 a la orden de “IDPHOTO S.A.”*

Para ello, Juan Carlos Mariani, quien se desempeñaba laboralmente en la mensajería “MUNDI EXPRESS”, la cual tenía trato comercial con la empresa “IDPHOTO S.A.”, concurrió a las oficinas de ésta última, el día 8 de mayo de 2009, a las 14:45 hs., aproximadamente, con el supuesto fin de entregar el cartular indicado; pero en realidad permitió el ingreso de Aranda, quien intentó concretar el hecho en cuestión.

Así las cosas, Aranda ingresó a las oficinas de la firma “IDPHOTO S.A.”, ubicada en la calle Tucumán 410, piso 1º, of. 5 de esta Ciudad (...) en la fecha y hora señalada.

Una vez en el lugar, exhibió el revólver calibre 22 Largo marca DOBERMAN N° 07190K que llevaba consigo, que se encontraba tapado

con una bolsa de nylon blanca, obligó a los empleados de allí, es decir a Horacio Torres Agüero y Mónica Silvia Pereyra, a colocarse en el suelo del habitáculo, y les exigió el dinero existente. En ese mismo instante se hicieron presentes en el recinto otros dos empleados de nombre Juan José Labarte y José Oscar Souto, quienes también fueron obligados a colocarse en la misma posición que los demás, exigiéndoseles también la entrega de “la plata en efectivo”. Sin embargo, los empleados mencionados le expresaron a Aranda que la empresa no manejaba dinero en efectivo, siéndoles contestado por éste “sí tiene que haber plata porque esto es una mensajería”.

Como consecuencia de las exigencias de Aranda se le hizo entrega del dinero que había en la caja chica de las oficinas, el cual constaba de pesos sesenta (\$60) o pesos setenta (\$70), mientras que Juan José Labarte le entregó la suma de pesos ciento treinta (\$130) que poseía en su billetera.

Aranda comenzó a revolver la oficina en el momento en que ingresaba otra empleada del lugar de nombre Betina Kalaidjian, a quien también se le ordenó arrojarse al suelo. Para luego, obligar a todos a ponerse de pie y trasladarse hasta el ambiente contiguo, donde cerró la puerta que comunica con la recepción de las oficinas, pero no así las demás, tomó el bolso de mano de Mónica Pereyra y extrajo de su interior la suma total de pesos cien (\$100) del interior de su billetera, tomando asimismo el mencionado cheque del Banco Francés que se encontraba en el interior de un sobre ubicado arriba de un escritorio.

No obstante, María Teresa Giadans, empleada de “IDPHOTO S.A.”, al sospechar lo que acontecía en el lugar, logró retirarse de la firma sin ser vista por Aranda y dio aviso telefónicamente a los agentes policiales al 911, y luego personalmente a los que se encontraban en la entrada del inmueble.

El aviso de Giadans permitió que los preventores se dirigieran al primer piso y lograran entrar al departamento toda vez que la puerta de ingreso se hallaba entornada. Sin embargo, Aranda abrió la puerta de la recepción y al observar al personal policial procedió a disparar contra uno de ellos, más precisamente contra el agente Fernando M. Arostegui, logrando lesionarlo en la zona del rostro.

Así fueron secuestrados el revólver...calibre 22 Largo marca DOBERMAN N° 07190K del causante, las armas de fuego reglamentarias utilizadas por el personal policial interviniente, como así también diversas vainas y proyectiles que impactaron en el lugar del suceso, y el bolso “morril” color negro que portaba Aranda, en cuyo interior se encontraba una guía de calles y una bolsa de nylon color blanca.

Asimismo pudo establecerse que aquel abonado de telefonía celular que utilizara Carlos Rolando Aranda, pertenece a una flota de aparatos de telefonía celular de la empresa prestataria “NEXTEL” que se encuentra a nombre de Juan Carlos Mariani” (fs. 562/563 vta.).

III. A fin de dar solución a la tacha de arbitrariedad sobre la que se edifica la impugnación, corresponde examinar si la sentencia traída a revisión constituye un acto jurisdiccional válido derivado del análisis lógico y razonado de las constancias allegadas al sumario en observancia al principio de la sana crítica racional o libre convicción (art. 398 del C.P.P.N.) o, por el contrario, si representa una conclusión desprovista de fundamentación o con motivación insuficiente o contradictoria (art. 404, inc. 2, del C.P.P.N.).

No es ocioso recordar, a fin de llevar adelante la tarea, que el recurso de casación debe ser regulado y aplicado de conformidad con el

derecho a recurrir el fallo -derivado del derecho de defensa- consagrado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestro sistema legal con igual jerarquía (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.2.h; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.5).

Es así que para asegurar la vigencia de la garantía en cuestión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (sentencia del 2 de julio de 2004), sostuvo que el recurso de casación debe ser “amplio” y “eficaz”, de tal manera que permita que el tribunal superior realice “*un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior*”, sea que éstas se refieran a los hechos, el derecho o la pena, y así procurar “*la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho*” (párr. 161, 162 y 167).

Ese precedente, precisamente, fue recogido por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al reafirmar que le compete a esta Cámara Nacional de Casación Penal “*...agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable*” (in re Fallos C.1757. XL. “Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa”, causa nro. 1681, rta. 20/09/05).

Conforme tal doctrina, lo que resulta relevante es que en esta instancia se pueda efectuar el completo control de la sentencia impugnada, verificando que todas las cuestiones allí asentadas (sean las que tradicionalmente se consideraban de “hecho” o de “derecho”) se encuentren debidamente fundadas a la luz de lo previsto por los arts. 398 y 404 del C.P.P.N. En definitiva, no se trata sino del análisis del cumplimiento de las reglas que integran el llamado sistema de libre convicción o sana crítica racional.

Es así que una correcta hermenéutica del recurso de casación permite que este Tribunal analice el modo de cómo los sentenciantes han valorado el material probatorio, encontrando como único límite aquellas cuestiones relacionadas directa y únicamente con la inmediación del juicio oral, materia vedada por su propia naturaleza irreplicable en esta instancia.

Es por ello que, en relación a una declaración testimonial recibida durante la audiencia de debate, dado su carácter irreproducible, esta Cámara podrá analizar si su contenido ha sido valorado fundadamente de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, en relación al resto del material probatorio. Pero en modo alguno podrá verificar qué impresión ha causado en el ánimo de los jueces que la han presenciado y escuchado, por cuanto se trata de una percepción propia relativa a lo acontecido en el debate oral.

Desde esta perspectiva, no se verifica en el *sub examine* impedimento alguno ligado con el principio de inmediación que obstaculice el tratamiento y resolución sobre el acierto o desacierto del tribunal *a quo* a la hora de evaluar la prueba, tener por acreditado el hecho y la participación del imputado, más allá de lo que se expondrá en el apartado siguiente.

Puesto entonces a revisar la sentencia, compruebo que el *a quo* realizó un amplio análisis del material probatorio sobre el que asentó su decisión, atendiendo en esa tarea intelectual, los argumentos brindados por la defensa al instar la absolució n de su pupilo.

La arbitrariedad denunciada, a mi juicio, se encuentra desprovista de todo sustento. Ello es así, ni bien se observa que los sentenciantes, realizaron un tratamiento concreto y pormenorizado sobre las particularidades tenidas en cuenta por la defensa para propiciar la desvinculaci3 n del incuso

en el hecho, descartando esta posibilidad a través de un razonamiento lógico y crítico de los distintos elementos de prueba incorporados al legajo. Nos encontramos, en consecuencia, en presencia de un acto jurisdiccional que lejos de merecer la descalificación que se pretende, constituye un acto procesal válido que se ajusta a las constancias agregadas a la causa.

En efecto, la intervención de Juan Carlos Mariani en el robo a la empresa Idphoto S.A. se encuentra acreditada con los distintos elementos probatorios incorporados en el debate, en particular, la admitida relación con Aranda (cfr. fs. 478 vta.), la asimetría de edades entre ellos, la empresa Idhpoto SA en donde se llevó a cabo el robo –cliente del encausado-, el egreso de Mariani de dicha firma tras la entrega de valores, en forma simultánea con el ingreso de Aranda, revolver en mano, (cfr. fs. 507 y 539), el hecho que el celular Nextel que tenía Aranda estaba a nombre de Mariani, y la actitud demostrada por Mariani, tras el robo, que no contestó llamada alguna de quien fuera hasta ese momento su cliente (cfr. fs. 540/540 vta.).

Al respecto, resultan contundentes y demoledores para la versión del imputado los testimonios de Horacio Torres Agüero (fs. 539/540) y Mónica Silvia Pereyra (fs. 507/509). El primero de los indicados declaró que *“Ese día lo había llamado para llevar una caja a la calle Hidalgo y él de vuelta me traía un cheque; volvió, me entregó el cheque y al salir, o sea, mi escritorio está puesto de tal forma que la entrada está a la izquierda, pero si la puerta está abierta sí la veo, él salió y ahí entró el ladrón, o sea, la puerta no se cerró”* (fs. 539).

En forma concordante, Pereyra expuso que el encausado *“vino, dejó un sobre que le habían mandado a buscar y cuando se iba entró esta persona, el ladrón. El ingreso y el egreso fueron en el momento, la puerta no se cerró y se abrió, porque hay un portero donde atendemos y abrimos. (...) Sé que no tocaron el portero para entrar, alguien salió y alguien entró”*(fs. 507/507 vta.).

En consecuencia, lejos de observar en el *sub iudice* un supuesto de arbitrariedad, las críticas que se alzan contra el pronunciamiento que revisamos, se encuentra anclada en la solitaria versión de los hechos que brindó el imputado al negar su intervención en el evento y atribuirle la solitaria responsabilidad por el mismo al joven Aranda, extremo que no ha sido acreditado, ni aún con el débil testimonio ofrecido por Larrea Silvera, tal como lo destacó acertadamente el *a quo* (cfr. fs. 576/ 576 vta.).

Como corolario de lo expuesto, resta destacar que la conclusión del juzgador resulta ser el fruto de una valoración amplia y crítica del conjunto del material probatorio reunido en la encuesta y, frente a este panorama, no encuentro margen de duda alguno que pueda modificar el hecho que tuvo por acreditado y la intervención del encausado en aquél, más allá de las precisiones que se efectuarán en el siguiente apartado. En consecuencia, corresponde concluir que el tribunal de mérito cumplió acabadamente con las exigencias de fundamentación previstas por los artículos 123, 398 y 404, inc. 2 del C.P.P.N..

IV. Ahora bien, respecto de la intervención del encartado, el tribunal de juicio entendió acreditada su instigación “*por la información con la que contaba [Aranda], por el apoyo previo y casi concomitante que recibió, la actuación de Aranda demuestra que detrás suyo estuvo la intensa intervención de Mariani. Esa actuación de Mariani, además de –como ya dije- constituir una colaboración indispensable para el robo, la excede y alcanza también la de una verdadera instigación, si se entiende por tal a la acción de quien influye en otro para la decisión del hecho criminal(...)si intervino mediante complicidad y simultáneamente obró como instigador*

para el mismo hecho, ésta última modalidad, por su mayor intensidad, incluye y absorbe a aquella”(fs. 579).

Sin perjuicio que las consideraciones del *a quo* son verosímiles, entiendo que no se encuentra acreditada, con el grado de certeza necesaria para el dictado de un pronunciamiento condenatorio, la instigación de Mariani respecto del joven Aranda.

En efecto, al no contar con testimonios directos que así lo indiquen entiendo que el imputado debe responder por el hecho que se le atribuye como partícipe necesario (art. 45 del C.P.).

V. Párrafo aparte merece el tratamiento del agravio dirigido a cuestionar la aplicación del art. 41 *quater* del C.P, pues advierto que se ha configurado en el *sub lite* una violación al debido proceso legal y principio de congruencia.

En efecto, dicha agravante no fue motivo de imputación al recibirle por primera vez declaración indagatoria al imputado (fs. 262/264), ni en su posterior ampliación (fs. 387/388 vta.), así como tampoco fue objeto de tratamiento alguno en el auto de procesamiento (fs. 285/298) ni en el requerimiento fiscal de elevación a juicio (fs. 346/352 vta.), siendo recién introducida por el acusador público en la oportunidad prevista por el art. 393 del C.P.P.N. (fs. 552 vta./ 556 vta.).

Frente a este panorama, tengo dicho que, aún cuando admito que la hipótesis imputativa (hecho + significación jurídica) puede variar a lo largo de la instrucción, en cuanto etapa preparatoria del juicio, por imperio del principio de congruencia, derivado del derecho de defensa en juicio (C.N., art. 18), la hipótesis imputativa tiene un efecto limitador, tanto para la parte acusadora al alegar pidiendo pena al cierre del debate como para el tribunal de juicio al dictar una eventual condena. En esa inteligencia, sólo resultan admisibles aquellas variaciones que no resulten sustanciales (cfr. TAMBORINI, Karina Virginia y otro s/recurso de casación, causa nro.

11.721, rta. el 26/04/2010, reg. N° 13.277.4).

Esto significa que, en un todo de acuerdo con la exigencia derivada del debido proceso legal, relativa al carácter propio y excluyente de las funciones requirente y decisoria que, respectivamente, ejercen el fiscal y el juez, para que una hipótesis imputativa, que comporte una modificación sustancial, cobre efecto jurídico en el proceso, tanto a los fines de determinar el objeto respecto del cual procederá su avance como para la evaluación de diversos institutos procesales, tales como el de la prescripción o la suspensión del juicio a prueba, será necesario que dicha pretensión sea formulada sin causar sorpresa a la defensa.

Al respecto, Maier señala: *“El cambio brusco del punto de vista jurídico bajo el cual se examina un hecho como, por ejemplo, el que se produce de una contravención a un delito grave, o de un delito contra el patrimonio a un delito contra la administración pública, puede, en ocasiones, provocar indefensión, por lo inimaginable de la situación que se produce desde el ángulo de la defensa técnica. La regla que impone a la acusación la necesidad de calificar jurídicamente el hecho imputado cumple, sin duda, el papel de orientar la actividad defensiva; y, a pesar de que permita, en general que la sentencia se aparte del significado jurídico preciso que pretende la acusación, la regla no tolera, sin lesión del principio [de defensa] que es su punto de partida, una interpretación irrazonable en contra del imputado”*. Y, con cita de Baumann, acertadamente, acota en la nota al pie que *“[q]uizá éste sea uno de los puntos en los que se muestra la fecundidad del concepto que, por objeto del proceso, no sólo incorpora al acontecimiento histórico que en él se trata, sino también a la pretensión jurídica como tal, es decir, al punto de vista jurídico general bajo el cual*

procede una consecuencia jurídica.” (Maier, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal”, Tomo I. “Fundamentos”, Ed. Del Puerto, Bs. As., pág. 569).

En el caso bajo análisis, el agravamiento de la calificación jurídica del hecho imputado introducida por el agente fiscal en su acusación final del juicio, requiriendo la aplicación del art. 41 *quater* del C.P., petición que fue receptada por el *a quo*, importó una clara sorpresa para el imputado, vulnerando, en consecuencia, el debido proceso legal y el principio de congruencia.

Como corolario de las consideraciones hasta aquí expuestas, corresponde apartar en el caso bajo análisis la aplicación de la agravante contenida en el art. 41 *quater* del C.P..

VI. A fin de analizar si las circunstancias ponderadas por el tribunal *a quo*, a la hora de fijar el *quantum* punitivo impuesto al justiciable, resultan ajustadas a derecho, de conformidad con los arts. 40 y 41 del C.P., advierto que los sentenciantes valoraron negativamente los antecedentes condenatorios (fs. 581 vta.).

Sin embargo, a mi juicio, la ponderación por parte del tribunal *a quo* de tales circunstancias, de modo alguno puede justificar un mayor reproche a la hora de determinar la medida de la pena impuesta.

En efecto, considerar los antecedentes condenatorios que registra el imputado, resulta conculcatorio del principio de *ne bis in ídem*. En este sentido, ya he tenido oportunidad de señalar que “[l]a consideración de los antecedentes condenatorios del imputado como circunstancia agravante, comporta la valoración de un elemento extraño al injusto atribuido y, por ende, a su grado de culpabilidad por el hecho” (cfr. causa Nro. 7375 del registro de esta Sala IV, “González, Carlos A. s/recurso de casación”, Reg. Nro. 10.982.4, rta. el 31/10/08, a cuyos fundamentos me remito, *brevitatis causae*). Ello así por cuanto los hechos que ya han sido oportunamente juzgados y sancionados, no pueden ser valorados nuevamente en perjuicio

del encartado, sin riesgo de vulnerar el ya aludido principio.

En consecuencia, corresponde detraer esa pauta mensurativa del elenco de circunstancias ponderadas a la hora de ponderar la pena a imponer.

Sobre estas bases, dado que la escala penal (arts. 42,44, 166, inc. 2, párrafo segundo del C.P.) arroja un mínimo de tres años y cuatro meses y un máximo de trece años y cuatro meses, considerando la magnitud del injusto (art. 41, inc. 1 del C.P.), en función del grado de desarrollo del delito y de la lesión a los bienes jurídicos involucrados, encuentro justo imponerle al causante la pena de cinco (5) años de prisión y el pago de las costas.

VII. Resta, por último, resolver la cuestión atinente al monto de pena única impuesta al encartado (art. 58 del C.P.).

Al respecto, y tal como tuve oportunidad de expedirme en la causa “Villa, Daniel Tomás s/ recurso de casación”, causa N°8845 reg. Nro. 13.864.4., del 7/09/19 bien a partir de la letra del art. 55 -en función del art. 58, ambos del C.P.-, ninguna razón jurídica se opone al empleo del sistema aritmético de unificación de penas, lo cierto es que a la luz de los principios del derecho penal como ultima *ratio*, así como el de *pro homine* que “*impone privilegiar la interpretación legal que mas derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.*” (CSJN, “Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, primer párrafo de la ley 23.737, causa N° 25/05” S.C.A. 2186, L.X.L, rta. el 23/04/2008), el sistema compositivo es el que se erige como el más idóneo para fijar un monto de sanción única que mejor se adecue a las características particulares de cada caso.

A la luz de lo anterior, no habiendo transcurrido el plazo previsto por el art. 27 del C.P. y considerando el grado de vulneración a los bienes jurídicos involucrados en la presente causa así como en la nro. 2098 en la que

el Tribunal Oral en lo Criminal N° 11 de esta ciudad condenó al encausado a la pena de tres años de prisión en suspenso y costas, como coautor del delito de robo doblemente agravado, por haber sido cometido mediante el empleo de armas de fuego de aptitud no demostrada y en lugar poblado y en banda, encuentro ajustado a derecho unificar ambos montos punitivos en una pena única que ascienda al total de siete (7) años, con costas.

VII. Por último, acerca de la posibilidad de actuación oficiosa del tribunal de juicio imponiendo una pena superior a la requerida por el Ministerio Público Fiscal, si bien ya he tenido oportunidad de manifestarme negativamente (causas N° 8509, “Rodríguez, David s/ recurso de casación”, reg. 12.895, rta. 8/2/09 y N° 8957, “Benedetti, Maximiliano s/ recurso de casación”, reg. 12.063, rta. 6/8/09; entre otras), atento a lo propuesto precedentemente, la cuestión resulta abstracta.

VIII. En mérito a lo expuesto a lo largo del presente voto, propicio al acuerdo:

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por el Dr. Federico Andrés Paruolo, defensor de confianza del encausado (fs. 596/601 vta.), sin costas, **CASANDO PARCIALMENTE** los puntos I y II de la parte dispositiva de la sentencia de fs. 560, cuyos fundamentos obran a fs. 562/584 vta..

II. CONDENAR, a Juan Carlos Mariani por ser partícipe necesario del delito de robo con arma de fuego, en grado de tentativa, a la pena de cinco (5) años de prisión, accesorias legales y costas.

III. CONDENAR, en definitiva, a Juan Carlos Mariani a la pena única de siete (7) años, accesorias legales y costas, comprensiva de la dictada en el punto que antecede y de la pena de tres (3) años de prisión en suspenso, cuya condicionalidad se revoca, impuesta con fecha 31 de octubre de 2005 por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 11 de esta ciudad, en el marco de la causa N° 2098, de su registro interno, por ser coautor del delito

de robo doblemente agravado por haber sido cometido mediante el empleo de armas de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada y en lugar poblado y en banda (arts. 42, 44, 45, 58, 166, inc. 2, segundo párrafo, del C.P. y arts. 168, segunda parte, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Así voto.

El **señor juez Gustavo M. Hornos** dijo:

Que por coincidir en lo sustancial, adhiero a la solución plasmada en el voto precedente.

Dejo asentado mi criterio en disenso respecto del tratamiento que allí se ha dado a la pertinencia de ponderar los antecedentes penales de un individuo, para determinar el monto punitivo que sobre él habrá de recaer; pues, conforme lo he sostenido en reiteradas oportunidades (cfr. causa n°5512, “ROMANI, Darío Jorge s/recurso de casación; reg. n°8028 , rta. 8/11/06), ello responde a las claras pautas que en tal sentido regula el artículo 41, segundo párrafo, del C.P., y que, junto a las demás condiciones personales, se establecieron para adecuar la pena a imponer en el caso concreto respecto del hecho cometido. No obstante, una apreciación global de las circunstancias valoradas por el *a quo* sobre el punto, me permite compartir la propuesta de pena efectuada por el colega que votó en primer término.

El **señor juez Mariano González Palazzo** dijo:

Que, adhiero a la solución propuesta por el doctor Augusto M. Diez Ojeda en el voto que lidera el acuerdo.

Sin embargo, y tal como lo he hecho en otras oportunidades (ver causa Nro. 9257 del registro de esta Sala: “BAÑAGASTA, Rodrigo

Alejandro s/recurso de casación", reg. 12831.4, rta. 04/02/10; causa Nro. 9505 del registro de esta Sala: "SOLÍS, Walter Javier y otro s/recurso de casación", reg. 12806.4, rta. 07/04/10), habré de coincidir con el doctor Gustavo M. Hornos en orden a ponderar los antecedentes penales de un individuo, junto a sus demás consideraciones personales, al momento de adecuar y determinar el monto de una pena, respondiendo de esta manera a las pautas reguladas en el art. 41, segundo párrafo del C.P.

Así es mi voto.-

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede, el Tribunal

RESUELVE:

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto a fs. 596/601 vta. por el Dr. Federico Andrés PARUOLO, asistiendo a Juan Carlos MARIANI, sin costas, **CASANDO PARCIALMENTE** los puntos I y II de la parte dispositiva de la sentencia de fs. 560, cuyos fundamentos obran a fs. 562/584 vta.. **CONDENAR**, a Juan Carlos MARIANI por ser partícipe necesario del delito de robo con arma de fuego, en grado de tentativa, a la pena de cinco (5) años de prisión, accesorias legales y costas. **CONDENAR**, en definitiva, a Juan Carlos MARIANI a la pena única de siete (7) años, accesorias legales y costas, comprensiva de la dictada en el punto que antecede y de la pena de tres (3) años de prisión en suspenso, cuya condicionalidad se revoca, impuesta con fecha 31 de octubre de 2005 por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 11 de esta ciudad, en el marco de la causa N° 2098, de su registro interno, por ser coautor del delito de robo doblemente agravado por haber sido cometido mediante el empleo de armas de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada y en lugar poblado y en banda (arts. 42, 44, 45, 58, 166, inc. 2, segundo párrafo, del C.P. y arts. 168, segunda parte, 530 y 531 del C.P.P.N.).

II. RECHAZAR el recurso deducido en orden a los restantes

Causa Nro. 12.094- Sala IV-
MARIANI, Juan Carlos
s/ recurso de casación

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA A. PÉREZ
Secretaria de Cámara

motivos de agravio. Regístrese, notifíquese y, oportunamente remítase la causa al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

MARIANO GONZÁLEZ PALAZZO

GUSTAVO. M HORNOS

AUGUSTO M. DIEZ OJEDA

Ante mí:

NADIA A . PÉREZ
Secretaria de Cámara