

*"P. R. E. - ROBO AGRAVADO S/ REC. DE CASACIÓN". Nº 90/14.
Sentencia Nº 107

***A C U E R D O:**

En la ciudad de Paraná, Capital de la Provincia de Entre Ríos, a los cuatro días del mes de junio de dos mil quince reunidos los Sres. miembros de la Cámara de Casación Penal, a saber: Presidente Dr. Hugo D. PEROTTI y Vocales Dres. Rubén A. CHAIA y Marcela A. DAVITE, asistidos por la Secretaria autorizante Dra. Claudia A. GEIST, fue traída para resolver la causa caratulada:"P. R. E. - ROBO AGRAVADO S/ REC. DE CASACIÓN".

Practicado el sorteo de ley, resultó que la votación tendría lugar en el siguiente orden: Dres. DAVITE, CHAIA y PEROTTI.

Estudiados los autos, la Cámara planteó las siguientes cuestiones a resolver:

PRIMERA CUESTIÓN: ¿Es procedente el Recurso de Casación interpuesto por el Dr. Pablo R. LEDESMA y, en su caso, qué debe resolverse?

SEGUNDA CUESTIÓN: ¿Cómo deben imponerse las costas causídicas?

A LA PRIMERA CUESTIÓN PROPUESTA, LA SEÑORA VOCAL, DRA. DAVITE DIJO:

I.- Por sentencia de fecha 26 de mayo de 2014, el Tribunal de Juicios y Apelaciones de la ciudad de Gualguaychú integrado por los Dres. Eduardo GARCIA JURADO, Mariela ROJAS y Alicia VIVIAN, resolvió declarar a R. E. P. autor material y penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de armas en concurso real -primer hecho consumado, segundo hecho en grado de tentativa-, a la pena de cinco años de prisión de cumplimiento efectivo. Asimismo, decidió mantener el estado de libertad del condenado, hasta tanto la sentencia adquiera firmeza.

II.- Contra esa decisión, el Defensor de Pobres y Menores de la ciudad de Gualguaychú interpuso Recurso de Casación (a fs. 8/11 vta.) en carácter de Defensor del Sr. R. E. P..

II. a.- En su escrito recursivo planteó los siguientes agravios:

Sostuvo que la sentencia posee una motivación meramente fragmentaria y parcial que equivale a una privación de la debida fundamentación que, bajo pena de nulidad, exige el art. 511 del CPP. Asimismo, incurrió en un error in iudicando ya que inobservó normas constitucionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Opinó que el pronunciamiento no constituyó una fundada y razonada derivación del plexo probatorio y del derecho aplicable, ya que el Tribunal postuló la decisión adoptada en meras afirmaciones dogmáticas sin razones objetivas, para ello, recurriendo a una ponderación realizada en forma selectiva y aislada incurrió en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión, en particular en relación a la valoración probatoria respecto del primer hecho, lo que ocasiona arbitrariedad por falta de motivación suficiente.

A su entender no basta para arribar a un veredicto condenatorio, contar sólo con los dichos de la supuesta víctima, siendo ello de poca entidad para conmovir las evidencias convertidas en prueba que no fueron valoradas en debida forma, tales como la falta de secuestro de la res furtiva y del arma supuestamente utilizada, razón por la cual se estaría ante un robo simple. Además tampoco se contó con rastros dactilares, ni ninguna otra prueba de cargo contra su defendido y esto se debió a falencias en la investigación que no pueden ser cargadas sobre las espaldas del imputado por la sola circunstancia de haberse visto involucrado en un hecho de supuesta similitud al día siguiente.

En este sentido, consideró que la prueba colectada en contra de su defendido en relación al primer hecho resulta claramente insuficiente para tener por acreditada la materialidad y su autoría en el robo investigado.

Propuso como solución que se declare la nulidad de la sentencia en crisis; disponiéndose en relación al primer hecho, la absolución por el beneficio de la duda y, respecto del segundo, se disponga una modificación de criterio en la forma de

interpretación de la pena de la tentativa, quedando habilitado el Tribunal para disponer la aplicación de una pena de ejecución condicional.

II. b.- Celebrada la audiencia prevista en los arts. 485 y 486 del Código Procesal Penal de Entre Ríos (CPPER), comparecieron la Sra. Defensora en instancia de Casación y el Procurador General de la Provincia Dr. Jorge A. L. GARCIA.

II. c.- La primera mantuvo todos los términos del recurso interpuesto por el Dr. LEDESMA. Destacó que la motivación de la sentencia es fragmentaria, parcial y se sustenta en escaso material probatorio, lo que configura una causal de arbitrariedad por falta de motivación suficiente.

Puso en duda la existencia del arma, en relación al primer hecho y pidió que se disponga la absolución de su asistido por el beneficio de la duda o, en su defecto, que se lo condene por robo simple. En relación al segundo hecho endilgado, reforzó los argumentos del Defensor, referidos al cambio de criterio para la consideración de la escala prevista para la tentativa, interesando en tal caso la aplicación de una pena de ejecución condicional.

II. d.- A su turno el Sr. Procurador General de la Provincia Dr. Jorge A. L. GARCIA sostuvo que se encuentra debidamente acreditada la responsabilidad de P. en los dos hechos imputados, explicó que el tratamiento efectuado por el sentenciante, al referirse primero al segundo hecho y luego al primero permitió una mejor comprensión de lo ocurrido reforzando la certeza necesaria para arribar a una condena.

Destacó que la Sra. Defensora introdujo en la audiencia un argumento nuevo - agravante por el uso de arma- y que con ello desvió el objeto del recurso. En cuanto al agravio relacionado con el segundo hecho, luego de analizar detenidamente las distintas posturas jurisprudenciales, sostuvo que la interpretación que hizo el sentenciante acerca de la escala aplicable para el delito tentado se condice, no sólo con los precedentes jurisprudenciales, sino también, con el Anteproyecto de Código Penal para la Nación.

Culminó su alegato solicitando la confirmación del fallo en crisis y el rechazo del recurso impetrado.

III.- Reseñadas las posturas de las partes conviene recordar que de conformidad al auto de elevación a juicio se le atribuyeron a P. la comisión de los siguientes hechos: PRIMERO HECHO: "Que en fecha 20 de noviembre de 2013, siendo aproximadamente las 11:20 hs., ingresó a la agencia de Tómbola N° ---, que gira bajo la razón social "L. a.", de propiedad del Sr. M. M., sita en calle B. M. N° --- esta ciudad de Gualaguaychú, y previo exhibir con su mano derecha con ánimo de infundir temor a la Srta. M. F. O., un cuchillo tipo serrucho con hoja de metal y mango de plástico color negro, a lo que seguidamente, éste levanta su mano izquierda cerrando el puño como con intención de golpear a la señorita O., a quien le manifestó "...abrí la caja", a lo cual ésta accede, para así apoderarse ilegítimamente de la suma de pesos dos mil (\$2.000), discriminado en billetes de 2, 5, 10 y 100 pesos, para luego darse a la fuga".

SEGUNDO HECHO: "Que en fecha 21 de noviembre de 2013, siendo aproximadamente las 19:15 hs., ingresó a la agencia de Quiniela N° ----, sita en calle G. M. N°----- esta ciudad de Gualaguaychú, solicitando y manifestando "la plata", y seguidamente saca un cuchillo, con ánimo de infundir temor y con el que amenazaba a la empleada de dicho lugar, la Srta. E. Y. P., tras lo cual comienza a abrir las cajas en busca de dinero, para así apoderarse ilegítimamente de dos mil pesos (\$2.000) discriminados en billetes de distintas denominaciones, y seis (6) tarjetas de telefonía celular perteneciente a la empresa P., para luego darse a la fuga, siendo posteriormente aprehendido por personal policial en calle A. y S.V. d. P., lugar donde se procede al formal secuestro de los efectos sustraídos y el arma blanca utilizada".

Ingresando ahora sí al examen de las pretensiones esgrimidas por el recurrente, para una mejor comprensión voy a reconstruir el razonamiento que se siguió para llegar al resultado incriminante, y analizar su validez.

Luego de describir detalladamente la prueba documental y testimonial, el sentenciante se refirió al SEGUNDO HECHO imputado, y lo hizo mediante el siguiente desarrollo

argumental: en primer lugar destacó que la investigación se inició mediante el acta de procedimiento que confeccionó el Oficial W. F. R., en la que consta que el día 20 de noviembre de 2013, alrededor de la hora 19:30 tomó conocimiento del hecho, razón por la cual concurrió al lugar logrando, con la colaboración de E. S., la detención del imputado, quien se alejaba en una bicicleta, secuestrando en la oportunidad dinero, tarjetas de celulares y el arma blanca que utilizó en el suceso. Seguidamente constató que el contenido del acta coincidía con las declaraciones testimoniales del Oficial R. y de E. S., y además añadió que tanto la empleada de la agencia E. P., como el testigo S., fueron claros, contundentes y convergentes en cuanto a que P. fue el autor del hecho. Reforzó este dato mediante el resultado positivo del reconocimiento en rueda de personas - y en el mismo debate- por parte de la testigo P., como así también en el reconocimiento que ella misma hizo del arma blanca, la ropa que vestía el imputado y la bicicleta en la cual intentó huir del lugar. Todo ello sin perjuicio de que incluso el mismo imputado reconoció su autoría antes de finalizar el Debate.

En cuanto al PRIMER HECHO, argumentó que las declaraciones del Oficial F. D. G., fueron ampliamente corroboradas por los dichos de las afirmaciones de la empleada del local M. F. O., quien relató que el imputado ingresó a la Agencia de Tómbola cuando no había ningún cliente y la intimidó reiteradamente mediante un cuchillo tipo serrucho con hoja de metal y mango de plástico color negro. Al igual que en caso anterior, la víctima fue contundente al señalar al imputado en el reconocimiento en rueda de personas y luego durante el debate; reconoció también la remera de color celeste y el gorro que llevaba puesto al momento del hecho. Finalmente destacó que fue el testigo G. A., quien se desempeñaba como Oficial Principal de la División de Investigaciones, quien en razón de las coincidencias que advirtió en el relato de las dos víctimas de los hechos, logró relacionar al imputado con este acontecimiento que había sido denunciado con anterioridad.

De este modo advierto que el sentenciante reconstruyó con precisión ambos sucesos y sobre la base de las pruebas que se produjeron en el debate determinó los hechos y la intervención que le cupo al imputado en cada uno de ellos. Su recorrido argumental, es breve pero no puede tacharse de insuficiente porque es proporcional a la simplicidad de los hechos y a la contundencia de la prueba incriminatorias. Por esta razón, y manteniéndonos todavía en el terreno de la revisión de la apreciación de la prueba, es posible afirmar que: el Vocal del primer voto detalló con detenimiento las fuentes de conocimiento -documental y testimonial- mediante las cuales tuvo por probado los hechos; que toda la información ingresó al debate tras un exhaustivo control de las partes, por lo tanto, nada hay para objetar respecto a su autenticidad y pueden ser consideradas pruebas; que para adjudicarles valor convictivo analizó con detenimiento el contenido de las declaraciones testimoniales, verificando en cada caso la coherencia interna de cada una de ellas, comprobando también la inexistencia de contradicciones entre sí, por lo que cabe concluir que los hechos han sido correctamente establecidos de acuerdo a los principios constitucionales conforme a los que deben valorarse las pruebas y exigen que el Tribunal se ajuste a criterios racionales en la determinación de los hechos.

En cuanto al cuestionamiento efectuado por la Defensa respecto a la sobrevaloración de los dichos de la víctima del primer hecho, caben para su rechazo las mismas consideraciones que esta Sala -con distinta integración y en un voto del Dr. Chaia- expresó sobre esta cuestión en el sentido de que: "Párrafo aparte merece la crítica respecto de la reconstrucción fáctica a partir de lo que considera un "testimonio único" en Causa Nº 5874. A tal fin, debemos tener presente que no se cuenta sólo con un testimonio como se analiza en el siguiente punto; en ese supuesto -vg. si así fuera-, debo advertir que cuando los jueces valoramos no realizamos una "operación matemática" propia de las "pruebas tasadas". Tampoco nos encontramos frente a las reglas del "testigo único" o "testis unus, testis nullus", Título XIV, Ley XII, de las Partidas, por cuanto los dichos del testigo, obtenido en inmediación del debate han de sumarse el resto de las medidas descriptas y valoradas que a mi juicio aportan indicios

claros, unívocos y suficientes sobre la responsabilidad penal del acusado.- Tal como lo expuse en la causa "B." -CCUruguay, 09/09/13, confirmada por la Sala Penal del STJER-, últimamente mucho se escribe sobre la virtualidad probatoria de los dichos de las víctimas o testigos, incluso algunos autores presentan el tema como una "novedad"; sin embargo, lejos de serlo, tal como nos enseña ELLERO -quien se muestra contrario a esta teoría, cfr. De la certidumbre de los Juicios Criminales, El Foro, 1994, p. 148 y ss., también puede verse FERRAJOLI, Derecho y Razón, 1989, p. 136 y ss.-, su aplicación se remonta a la época de Moisés, cuando se postulaba que "ningún hecho se tuviera por verdadero en justicia cuando no resultase aseverado por dos o más testigos", disposición que sumada a la ausencia de testigos presenciales -pues recordemos, no siempre las víctimas deambulan acompañadas de un "notario" u otras personas, precisamente porque el atacante las escoge dada su situación de "vulnerabilidad" y escasa posibilidad de resistencia y/o de recibir auxilio- facilitó la llegada de la "tortura" al ámbito del proceso penal como "medio normal" de prueba a propósito de "extraer" la confesión del acusado.- Es decir que lo que algunos ven como un adelanto es en realidad un intento de retornar a la aplicación del "sistema tasado" y en particular de la regla "testis unus, testis nullus" lo que sin dudas configura un verdadero retroceso en el desarrollo de nuestra ciencia, es el regreso a instancias previas a la Ilustración -en contra, pueden verse las obras de: BENTHAM, Tratado de las Pruebas, VOLTAIRE, Commentaire sur le Livre des Délits et des Peines, BECCARIA, De los Delitos y de las Penas, defendida por MONTESQUIEU- y de la propia Revolución Francesa, que mediante Decreto de la Asamblea Constituyente 8/9 de Octubre de 1.789 reformó radicalmente los principios del procedimiento inquisitivo codificados por la Ordonnance Criminelle de 1.670 y dos años después, el Decreto 16/19, suprimió entre otras regulaciones, las "pruebas legales" por entender que seguir ese método resultaba contrario a los "hombres libres".- De esta forma, estimo que aplicar criterios rigurosamente aritméticos o "tasados" por medio de los cuales, en palabras de CHIOVENDA: "el legislador sustituye al juez" -repelidos entre otros en "M.", Sala Penal, STJER, 24/06/11-, a fin de determinar qué es lo que el juez "debe" o no tener por probado, conspira contra la lógica misma del sistema y contraría la "libertad de conciencia", regulando de manera intolerable la práctica judicial, impidiendo la "construcción argumental", reduciendo la función del juez a la de un mero "aplicador" de leyes y/o "baremos" que lo aleja de la "justicia material" y lo coloca en la peligrosa necesidad de tener que buscar "atajos" argumentales para decir lo que ha formado su convicción que es precisamente lo más transparente que debe exhibir en su noble función, para la cual la República lo ha investido, acordándole potestades jurisdiccionales como "terceros imparciales" en el marco de una sociedad democrática, con la obligación de impartir justicia en el "caso concreto" -con esto no pretendo establecer una "regla general", hay que ver caso por caso- a la luz de las "libres convicciones" -art. 254 CPP, entre otros: "B.", Sala Penal, STJER, 27/04/09- y al abrigo de la prueba legítimamente incorporada en la causa.- (conf. causa: "M., J. A. - M., S. F. s/ROBO CALIF. POR EL USO DE ARMA DE FUEGO CUYA APTITUD PARA EL DISPARO NO PUDO ACREDITARSE (causa N°5.804) y AMENAZAS (causa N°5.874) en CONC. REAL S/ RECURSO DE CASACION").

A la luz de los conceptos vertidos se puede verificar que no existen motivos válidos para descreer de los dichos de la testigo O., y que por las mismas razones, no es posible segmentar su declaración como lo pretende la Defensa y dejar por fuera de toda consideración lo manifestado por ella acerca de la utilización de un cuchillo tipo tramontina con mango de color negro, porque justamente esa es la circunstancia nuclear de su relato en tanto el imputado se sirvió de ese elemento para intimidarla y lograr de esta manera la consumación del hecho. Por ello no tiene ninguna relevancia que la testigo O. no haya reconocido ninguno de los cuchillos que se le exhibieron en el marco de la investigación del segundo hecho, ya que nunca se le imputó el uso del mismo elemento, sino de uno de similares características.

Tampoco puede invocarse la aplicación del in dubio pro reo, porque no se verificó el cuadro de situación que tornaría aplicable ese principio. Lo que se ha evidenciado, no es una situación de duda, al contrario de lo que aduce la Defensa, sólo mediante un análisis parcial y sesgado de la prueba, podría llegarse a tal conclusión puesto que, en el punto de partida del razonamiento del Sentenciante, se tuvieron en cuenta una serie de circunstancias significativas que la Defensa omite ponderar, tal como fue el reconocimiento en rueda de personas, el reconocimiento durante el debate y el reconocimiento de las prendas de vestir por parte de la testigo.

En cuanto al planteo referido a la reducción del marco legal previsto para la tentativa, cabe señalar que, encontrándose debidamente acreditada la materialidad y autoría respecto al primer hecho imputado, cuyo desarrollo alcanzó el estadio de la consumación, y teniendo en cuenta que el Tribunal fijó la pena en el mínimo legal de cinco años previsto para este delito, la discusión planteada carece de toda relevancia.

Sin perjuicio de ello habré de señalar que el Superior Tribunal en numerosos precedentes, con suficiente reiteración y diversas integraciones como para alcanzar el carácter de doctrina de casación se ha expedido en el sentido de que: "el primer párrafo del art. 44 del *Código Penal establece una escala penal en abstracto y no una escala penal para el caso concreto, siendo esa escala la del delito consumado disminuida en un tercio de su mínimo y en la mitad de su máximo. A la tentativa le corresponde una escala abstracta reducida respecto de la que corresponde al delito consumado, que se compone de un mínimo equivalente de los dos tercios del mínimo de la escala de referencia y, como máximo, la mitad del máximo fijado para la escala del delito consumado. La expresión "de un tercio a la mitad" debe interpretarse atendiendo al criterio sistemático que emerge del Código Penal, donde toda pena divisible está expresada en una escala que va desde un mínimo -siempre mencionado en primer término- hasta un máximo -siempre mencionado en segundo lugar- y la pena de la tentativa también se encuentra expresada de la misma manera." (conf. "R., H. V. -ROBO CALIFICADO POR EL USO DE ARMAS- RECURSO DE CASACIÓN").

Por todo lo dicho, entiendo que la parte recurrente no ha logrado demostrar el acierto de ninguno de sus agravios. Por eso me encuentro a esta altura en condiciones de afirmar que la sentencia está motivada de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, que el razonamiento del Vocal ha sido reconocible y controlable en esta instancia de revisión lográndose así verificar que tanto la determinación de los hechos como la interpretación del derecho aplicable, no pueden imputarse a una decisión arbitraria por parte del Tribunal, sino que aparecen como la única solución posible ante la contundencia de los elementos probatorios para tener por acreditado el aspecto objetivo y subjetivo del tipo penal de los delitos de robo calificado por el uso de arma -consumado el primero y tentado el segundo- en concurso real.

En atención a los argumentos expuestos, propicio que no se haga lugar al recurso interpuesto y, en consecuencia, se confirme la sentencia atacada.

Así voto.

A la misma cuestión propuesta el Señor Vocal, Dr. CHAIA, expresa su adhesión al voto de la Sra. Vocal preopinante.

A su turno el Señor Vocal, Dr. PEROTTI, expresa su adhesión al voto de la Sra. Vocal, Dra. DAVITE.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PROPUESTA LA SRA. VOCAL, Dra. DAVITE, DIJO:

En relación a las costas y atento al resultado al que se arriba luego del tratamiento de la cuestión primera corresponde declararlas de oficio (art. 584 y ss. del CPP)

Así voto.

A la misma cuestión propuesta el Señor Vocal, Dr. CHAIA, expresa su adhesión al voto de la Sra. Vocal preopinante.

A su turno el Señor Vocal, Dr. PEROTTI, expresa su adhesión al voto de la Sra. Vocal, Dra. DAVITE.

Con lo que no siendo para más, se dio por terminado el acto, y por los fundamentos del acuerdo que antecede, queda acordada la siguiente:

SENTENCIA:

I.- NO HACER LUGAR al Recurso de Casación interpuesto por el Sr. Defensor de Pobres y Menores (a fs. 8/11 y vta.), contra la sentencia de fecha 26 de mayo de 2014, dictada por el Tribunal de Juicios y Apelaciones de la ciudad de Gualeguaychú la que, en consecuencia, SE CONFIRMA.

II.- IMPONER las costas de oficio (arts. 585 ss. y cctes. del CPPER).

III.- DEVOLVER el Legajo correspondiente y los DVD oportunamente solicitados al Juzgado de origen con copia del presente decisorio.

IV.- Protocolícese, notifíquese, y en estado, archívese.

HUGO D. PEROTTI

Si-//

//-guen firmas:

MARCELA A. DAVITE RUBEN A. CHAIA

Ante mi:

CLAUDIA ANALIA GEIST

-Secretaria-

Se protocolizó. Conste.