



Causa N° 12.581 (Reg. de Pres. N° 43.197)

"S., R. A. s/ Rec. de Cas."

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

ACUERDO

En la ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires, Sede de la Sala III del Tribunal de Casación Penal, el 22 de marzo de dos mil once se reúnen en Acuerdo Ordinario los señores jueces doctores Daniel Carral, Ricardo Borinsky y Víctor Violini con la presidencia del primero de los nombrados, a los efectos de dictar sentencia en Causa N° 12.581 (Registro de Presidencia N° 43.197) caratulada "S., R. A. s/ Recurso de Casación", conforme al siguiente orden de votación: CARRAL – BORINSKY - VIOLINI.

ANTECEDENTES

1º) En lo que interesa destacar el Tribunal en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial La Plata condenó al nombrado S. a la pena de cuatro años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas por resultar autor responsable del delito de robo calificado por el uso de arma de utilería.

2º) La defensa oficial del encausado interpuso recurso de casación contra dicho pronunciamiento (fs. 27/33) denunciando – en lo sustancial- violación de la normativa constitucional, procesal y penal en orden al encuadre legal de acuerdo a lo normado por el art. 166 inc. 2º último párrafo del Código Penal y violación de las reglas procesales sustanciales respecto al encuadre legal de acuerdo a lo prescripto por los arts. 106, 210, 373 y cc. del ritual.

3º) Con la radicación del recurso en la Sala (fs. 38) se notificó a las partes (fs. 38/vta.).

La Sra. Fiscal ante esta instancia postuló la improcedencia de la impugnación intentada (fs. 42/44).

Por su parte la Sra. Defensora de Casación mantuvo expresamente el recurso deducido, remitiéndose en su totalidad a los fundamentos allí vertidos, planteando a su vez: la inconstitucionalidad del juzgamiento unipersonal en delitos criminales, la errónea valoración de la condena anterior como agravante y la falta de motivación de lugar de comisión y huida (fs. 45/52).

Así, el Tribunal se encuentra en condiciones de dictar sentencia, decidiendo plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

Primera: ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el señor juez doctor Carral dijo:

I.- Llega firme a esta instancia la forma de ocurrencia de los hechos, de modo tal que se encuentra probado que en inmediaciones de las calles 43 entre 2 y 3 de La Plata, en circunstancias en que el repartidor de pizzas Rodrigo Abel Mulet había realizado la entrega de un encargo, fue interceptado por un individuo quien con el empleo de un arma de utilería, es decir con características similares a los de un arma de fuego –pistola neumática no apta para su finalidad específica- lo intimidó y desapoderó ilegítimamente del motociclo Zanella 939 CWC, provisto por su empleador.

Ahora bien, a diferencia de lo postulado por el recurrente, considero que el “a quo” ha subsumido de manera ajustada a derecho el evento criminoso antes reseñado, dentro de los confines del art. 166 inc. 2º último párrafo del digesto sustantivo.

En tal inteligencia el término “utilería” empleado por la norma de cita, posibilita estimar comprendidas en aquel, los objetos



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

que por sus características particulares sean asimilables a las armas verdaderas y aparenten –en esencia- su mismo poder vulnerante.

Con ese norte, no puede soslayarse que la utilización de este tipo de elemento (dentro de los cuales se encuentran las armas de aire comprimido) genera una superior intimidación para el sujeto pasivo del accionar delictivo, provocando en la psiquis del individuo agredido un estado emocional que disminuye su capacidad reflexiva, conduciéndolo a estimar como probable la eventual causación de un daño en su salud.

A partir de ello, se presenta lógica la postura sustentada por el órgano sentenciante, quien asimiló el arma utilizada en la especie para perpetrar el desapoderamiento a la denominación más beneficiosa estipulada en el tipo penal aplicable.

En tal contexto, debe confirmarse la calificación legal de origen, no vislumbrándose por lo explicado en los acápites que anteceden menoscabo constitucional alguno digno de ser destacado.

De otra parte, en orden a la aclamada inconstitucionalidad del art. 166 inc. 2º último párrafo en lo que respecta a la expresión “utilería”, entiendo que no puede ser tratado de manera favorable el planteo a la luz de la interpretación que corresponde efectuar del elemento normativo del tipo objetivo que se encuentra en discusión.

Así, la referencia a “arma de utilería” es comprensiva de todos los objetos que se parezcan a cualquier clase de arma, alcanzando a los elementos que ostentan dicha forma, pero que en rigor de verdad no lo son.

Así, concibo que el texto legal no resulta *per se* contrario al principio constitucional de legalidad, por cuanto que la validez del

mismo radica en que la normativa emanada del poder legisferante fija y precisa los hechos punibles y las penas aplicables (CSJN Fallos 304:892; 308:1224), extremo que se satisface en el artículo del digesto sustantivo objetado por la defensa, lo cual sella la suerte negativa del agravio en cuestión y de la subsidiaria calificación intentada.

Finalmente, solo resta evaluar los agravios atinentes a la individualización de la pena

En primer lugar, en cuanto a la estimación aumentativa a partir de las condenas anteriores, resulta ser criterio mayoritario de la Sala a partir de la doctrina de la Suprema Corte, que la circunstancia de volver a delinquir, luego de recibir una condena, traduce una contumacia significativa de mayor peligrosidad que, como tal, resulta útil a los fines de la mensura de la pena (P 33479 S 24-2-1987, SCBA, P 49886 S 25-4-1995 P 60883 S 7-11-2001 P 71185 S 5-3-2003 P 77675 S 12-11-2003).

Igual suerte adversa correrán los planteos vinculados a la nocturnidad y a la actitud posterior al hecho, por cuanto dichas estimaciones agravatorias de la sanción han sido correctamente individualizadas y fundamentadas por el “a quo”, no presentándose aristas de arbitrariedad a la vez que la defensa no ha logrado demostrar la desviación lógica que denuncia.

Obsérvese que la imposición de las mismas no se sostiene en la huérfana consideración de la nocturnidad y de la conducta ulterior al hecho, sino que remite a las circunstancias específicas que han incidido en el disvalor de la acción a partir no solo de la mayor peligrosidad suscitada en la huida, sino también en cuanto supone más simplicidad para la consumación del ilícito y por sobre todo un mayor estado de indefensión de la víctima.

II.- Concluyendo, cuestiona la Sra. Defensora ante esta instancia la validez constitucional del juzgamiento unipersonal de delitos criminales y la valoración de ciertas agravantes.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

Adelanto que la petición articulada no obtendrá favorable tratamiento.

Al respecto, considero menester señalar inicialmente, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que la declaración de inconstitucionalidad de una norma, es una materia en la que rige un criterio restrictivo por significar la última ratio del orden jurídico (Fallos 331:2799), advirtiendo sobre el riesgo de trastocar el sentido republicano de nuestro sistema de gobierno, recomendando, en consecuencia, asumir suma prudencia a la hora de evaluar la posible inconstitucionalidad de una ley (Fallos 14: 425; 105:22; 112: 63; 182: 317); lo cual implica que deberá prestarse suma cautela en la evaluación respectiva.

Así, cualquier intento tendiente a deslegitimar la validez constitucional de cierta regulación impone a quien lo pretende demostrar claramente de qué manera la ley que se cuestiona contraría la Constitución Nacional, exigencia que no se halla cumplida si no se demuestra cuál sería el perjuicio efectivamente irrogado (Fallos 332:5).

En tal sentido, percibo que la Sra. Defensora ante este Tribunal señala de manera abstracta que la actual redacción del art. 22 del Código Procesal Penal contraría las disposiciones que emanan de los arts. 168 y 171 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, "...en franca oposición al debido proceso, defensa en juicio, afectación de los principios de oralidad, inmediación, publicidad, concentración y garantía de doble instancia...", más nada señala respecto al real menoscabo que el veredicto dictado en autos por un único juez le ocasionó a su asistido; lo cual sella la suerte negativa del planteo incoado.

Por demás, en orden al carácter “desigualitario” que invoca la Dra. De Seta respecto de la norma en estudio, entiendo acertado señalar a contrario de la postulación formulada, que de la propia literalidad del art. 22 del Código Adjetivo, surge la potestad del acusado o de su defensa de requerir la integración colegiada, la cual deberá ejercerse dentro del plazo previsto en el art. 336 del citado digesto; por lo que no puede sostenerse válidamente que la regulación devenga heterogénea cuando en definitiva la misma prevé expresamente el derecho de todo imputado a ser juzgado por el Tribunal integrado con la totalidad de sus magistrados.

De otro lado, la cuestión que se trae ahora en esta instancia, fue expresamente consentida sin que se aprecie que la defensa ante el Tribunal de origen o en su caso los propios encausados hayan invocado perjuicio alguno al no haber escogido la opción legal del colegiado. Este consentimiento, en posición contraria a la sostenida por la Sra. Defensora ante esta instancia, resulta un valladar para la introducción ulterior de la tacha, aún así y sin desconocer –como bien señala la Dra. De Seta– que el punto resulta una cuestión controvertida desde la doctrina, más allá que desde mi parecer no ofrece contradicción a reglas de orden fundacional.

En resumen, conforme los argumentos expuestos en los acápites que anteceden, no percibo que el artículo de mención quebrante normas de raigambre constitucional.

Luego, corresponde señalar que la cuestión vinculada a las agravantes objetadas ya ha sido examinada en el punto precedente, al cual me remito en aras de ser breve.

III.- Luego, por lo expuesto, con los alcances delineados, propongo al Acuerdo rechazar –con costas– el recurso de casación articulado (artículos 18 de la Constitución Nacional; 40, 41, 166 inc. 2º último párrafo del Código Penal; 1, 2, 3, 210, 371, 450, 454, 459, 530 y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

531 del Código Procesal Penal), votando a esta primera cuestión POR LA NEGATIVA.

A la primera cuestión el señor juez doctor Borinsky dijo:

Una pistola de aire comprimido o neumática no es de fuego pero es un arma, y si presenta un defecto que le impide disparar, la calificación establecida en la sentencia en derivación razonada del derecho aplicable en función de las circunstancias ciertas del caso.

Es doctrina de Sala que a partir de la sanción de la ley 25882 el robo con un arma de utilería o de juguete se subordina al supuesto contemplado en el artículo 166 inciso 2do., tercer párrafo del Código Penal, cuyos términos no son vagos ni cosa que se le parezca.

El arma de utilería demanda que el instrumento utilizado para intimidar parezca un arma, con lo que quedan fuera de la figura, las burdas imitaciones cuando con ellas se pretende intimidar, por ejemplo a quien la fabrica, vende o transporta, entre otros tantos supuestos, y conoce que se trata, por ello, de un juguete o adorno.

El fundamento de la variable calificativa no tiene nada que ver con un tema procesal, sino con el mayor poder intimidatorio que genera en la víctima cuando es apuntada con lo que ella cree que es un arma de fuego, ya que no es lo mismo decirle a alguien "dame tu dinero porque te doy un golpe de puño", a amenazarle con pegarle uno o más tiros.

Frente a ello, el planteo de violación al principio de legalidad no sustenta la supuesta inconstitucionalidad alegada (artículos 18 de la Constitución Nacional, 166 inciso 2do., tercer párrafo del Código Penal; 448, 451, 456 y 459 del Código Procesal Penal)

Luego, con estos fundamentos adhiero a lo demás expuesto por el doctor Carral y a esta cuestión, VOTO POR LA NEGATIVA.

A la primera cuestión el señor juez doctor Violini dijo:

Adhiero, por sus fundamentos, a lo expresado por el doctor Borinsky y a esta cuestión, VOTO POR LA NEGATIVA.

A la segunda cuestión el señor juez doctor Carral dijo:

Que de conformidad al resultado que arroja el tratamiento de la cuestión precedente corresponde; rechazar –con costas- el recurso de casación articulado (artículos 18 de la Constitución Nacional; 40, 41, 166 inc. 2º último párrafo del Código Penal; 1, 2, 3, 210, 371, 450, 454, 459, 530 y 531 del Código Procesal Penal). ASI LO VOTO.

A la segunda cuestión los señores jueces doctores Borinsky y Violini dijeron:

Que votan en igual sentido que el doctor Carral, por sus fundamentos.

Por lo que se dio por finalizado el Acuerdo, dictando el Tribunal la siguiente:

SENTENCIA

RECHAZAR, con costas, el recurso de casación articulado.

Rigen los artículos 18 de la Constitución Nacional; 40, 41, 166 inc. 2º último párrafo del Código Penal; 1, 2, 3, 210, 371, 450, 454, 459, 530 y 531 del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y remítase a la Mesa Única General de Entradas para su devolución a origen.

FDO.: RICARDO BORINSKY – VÍCTOR HORACIO VIOLINI – DANIEL CARRAL

Ante mi: Andrea Karina Echenique