



**PROVINCIA DE BUENOS
AIRES**
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

C-75.566/75.582

En la ciudad de La Plata, a los 21 días del mes de febrero de dos mil diecisiete, se reúnen en acuerdo ordinario los señores jueces de la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Jorge Hugo Celesia y Martín Manuel Ordoqui, con el fin de resolver el recurso presentado en la causa **Nº 75.566** caratulada “**SÁNCHEZ, FEDERICO LUIS RENATO S/ RECURSO DE CASACIÓN**” y su acumulada nro. **75.582** que se caratula “**GÓMEZ, DIEGO IVÁN S/ RECURSO DE CASACIÓN**”. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación los jueces deberán observar el orden siguiente: **CELESIA-ORDOQUI**.

ANTECEDENTES

El Tribunal en lo Criminal nro. 3 del Departamento Judicial Mar del Plata condenó a Diego Iván Gómez y a Federico Luis Renato Sánchez a la pena de cuatro (4) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas, por hallarlos coautores penalmente responsables del delito de robo agravado por el empleo de arma de fuego, por el uso de arma impropia y por su comisión en poblado y en banda, el cual fue considerado en grado de tentativa.

Contra dicha sentencia interpusieron recursos de casación el Defensor Oficial Dr. Eduardo Carmona –a favor de Sánchez-, conforme surge de fs. 125/137 de este legajo, como así también el Defensor de confianza de Gómez, Dr. Carlos Sebastián Mira, a tenor del libelo que luce a fs. 20/26 del legajo acumulado.

Efectuadas las vistas correspondientes este tribunal decidió plantear y votar las siguientes

CUESTIONES

Primera: *¿Son admisibles los recursos interpuestos?*

Segunda: *¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A la primera cuestión planteada, el Sr. juez Dr. Celesia dijo:

Los recursos de casación son admisibles, pues fueron interpuestos en tiempo y forma por quiénes tienen legitimación para articularlos, contra una sentencia condenatoria dictada luego de la sustanciación del juicio oral en materia criminal (450 primer párrafo, 454 inc. 1 y conc. del C.P.P).

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada, el Sr. juez Dr. Ordoqui dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, Dr. Celesia, conforme a los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la segunda cuestión planteada, el Sr. juez Dr. Celesia dijo:

I.- El Defensor Oficial postula la absolución de Sánchez, argumentando en base a dos motivos de agravio perfectamente diferenciados, denunciando la violación de los arts. 18, 33, 75 inc. 22 de la CN, 14.2.7 del PIDCyP, 8.2.4 de la CADH, 29 de la Constitución provincial, 1, 207, 328 inc. 2, 333, 439 del C.P.P:

a).- Primeramente, plantea la nulidad del debate y de la consecuente sentencia, al considerar violado los principios nom bis in idem y de imparcialidad.

Sostiene que la sentencia aquí cuestionada fue producto de un segundo debate, ello desde que el primeramente desarrollado no fue anulado, sin perjuicio de que la Sala II de este Tribunal dispuso el reenvío para la celebración de un nuevo juicio oral, ello al haberse interpuesto el recurso fiscal contra el anterior veredicto absolutorio.

Informa que planteó la suspensión del debate, lo cual fue denegado, ello desde que alegó falta de acción para realizar este segundo plenario, lo cual fue rechazado tanto por los jueces de mérito como por la Cámara departamental, encontrándose pendiente de resolución el recurso de casación que interpuso contra dicha confirmación, lo cual lo obliga a reeditar el agravio en el presente.

Dice que lo resuelto también lesiona los principios de preclusión y progresividad, apartándose de los precedentes de la CSJN “Sandoval” y “Kang”, habiendo aplicado analógicamente in malam partem el fallo “Mohamed” de la CIDH.

Fundamenta su planteo de nulidad en que el máximo tribunal, en dichos precedentes, abogó por una interpretación pro homine de la garantía *non bis in idem*, superadora de la literalidad de los textos internacionales. A colación de ello, sostiene que el primer debate fue correctamente desarrollado, sin encontrarse viciado y que ni siquiera fue anulado por la Sala II del órgano casatorio, de modo que la afectación de la garantía es, a su juicio, evidente, ello al verse su asistido sometido al riesgo de ser condenado en el nuevo juicio, lo cual fue dejado en claro por la CSJN en “Polak” –tesis amplia de la garantía-.

Dice que se viola el principio citado cuando se celebra un nuevo juicio, aun ante la discrepancia del *ad quem* en torno a la valoración probatoria producto del recurso fiscal, pues el primigenio plenario resultó plenamente válido y constituyó la oportunidad para que el Estado logre la eventual condena, no pudiendo reeditarse dicha chance a costa de la garantía invocada.

Cita abundante doctrina y jurisprudencia mediante la cual concluye que el Estado solo tiene un intento para lograr la condena de un ciudadano, resultando inválida la realización de un nuevo juicio cuando el anterior se desarrolló con total normalidad o, en su caso, sin que el imputado haya causado su nulidad.

Entiende inaplicable la doctrina de la CIDH expuesta en “Mohamed”, desde que allí el encausado fue absuelto en primera instancia y condenado por la Cámara, pero en forma directa, en decir, sin realizarse ningún reenvío, como sí ocurrió en este caso. Expone que la única forma de no lesionar el principio constitucional era que la Sala II de la Casación dictara directamente la condena, sin ordenar el reenvío, máxime cuando efectuó una valoración probatoria de lo actuado en el primer debate.

Argumenta que la SCJBA en “Carrascosa” adoptó en forma indirecta la tesis amplia, al ordenar que otra Sala del Tribunal de Casación revise la primera condena dictada por la Sala que revocó la absolución.

Afirma que la casación de la absolución y el consecuente reenvío ha condicionado y afectado la imparcialidad e independencia del a quo, pues este se ve constreñido por la interpretación probatoria que ha efectuado este Tribunal al revisar el primer veredicto.

b).- En forma subsidiaria, plantea la ausencia de prueba suficiente de la autoría de su defendido y la lesión del principio in dubio pro reo.

Dice que el a quo solo ha sostenido, al menos implícitamente, que su asistido pudo haber estado en el lugar del hecho, ello al alegar que no podía descartar dicha posibilidad, de lo cual infiere un estado de duda.

Argumenta que fue minimizada la falta de reconocimiento de su defendido, siendo que fueron tres las víctimas y máxime cuando la falta de tal reconocimiento no puede suplirse con la mera inferencia surgida de la cercanía entre el lugar del hecho y el de la aprehensión.

Alega que no basta con la mera circunstancia de que su pupilo procesal haya sido reducido cerca del vehículo sustraído a los damnificados pues cualquiera pudo haber subido y bajado del mismo, cita el caso del procesado Urrutia, quien fuera sobreseído.

Menciona que las víctimas dijeron que participaron dos personas, pero el a quo ha insistido en su suposición de que fueron en realidad cuatro integrantes –dos de ellos en el exterior de la vivienda-, resultando equívoco el indicio de que los dos sujetos hicieran muchas señas hacia el exterior, pues la existencia de los dos integrantes adicionales no se encuentra respaldada por otra prueba.

Expone que los efectos secuestrados en poder de su defendido eran fungibles, no constituyendo un indicio de cargo, a lo cual agrega que, en su caso, estaban en el interior del automóvil, pero no necesariamente en la vivienda.

Cuestiona el testimonio de Tamara Miñola, recordando que en la sentencia absolutoria se la consideró poco creíble, pero se le dio verosimilitud en la condena, restándole fuerza a sus contradicciones, todo lo cual habría sido provocado por la “visión de túnel” con la cual habría fallado el a quo, influenciado por la valoración probatoria efectuada por la Sala II de este Tribunal de Casación.

De tal forma, cierra su exposición diciendo que de ninguna de las probanzas surge que su representado haya estado en el interior de la vivienda en el momento del robo y, resultando los indicios anfibológicos, corresponde absolverlo por el principio in dubio pro reo.

c).- En oportunidad de presentar el respectivo memorial la Dra. Ana Julia Biasotti, Defensora Ajunta por ante este Tribunal, mantuvo el recurso deducido.

Expuso, como agravio subsidiario, que debe desaplicarse la agravante vinculada con la actuación en banda, ello al no haberse configurado dicho elemento del tipo objetivo.

Considera violados los principios de legalidad y debido proceso, ello desde que no se encuentran acreditados los elementos de la banda, en la especie: la permanencia de la asociación delictiva –no bastando el mero número de intervinientes- como así tampoco la finalidad trascendente, es decir, la comisión de delitos indeterminados, aspectos que no fueron individualizados en el fallo en crisis.

Tampoco considera acreditado el mínimo de organización delictiva, desde que se hizo alusión a la ejecución del hecho por dos sujetos.

Cita jurisprudencia y enfatiza el criterio doctrinal de identificación de los conceptos de banda y asociación ilícita.

Entiende inmotivado el punto de la resolución vinculado a dicho tramo de la calificación legal, peticionando su nulidad, más cuando se trata de una de carácter absoluto conforme al art. 203 del ritual al violentar el debido proceso.

II.- El Dr. Carlos Mira, Defensor de Gómez, también se agravia de la valoración probatoria por la cual se ha considerado a su asistido autor del hecho.

Cuestiona la apreciación que se hizo de los reconocimientos fotográficos, ello en virtud de que la víctima –Guillermo Somoza- no ha afirmado, sin margen de dudas, que su defendido sea uno de los ejecutores, resultando un reconocimiento negativo pues se expuso que “no puede afirmar” que sea uno de los coautores, no bastando el mero parecido, pues ello no suprime el margen de duda. En cuanto a la hermana –Ana Lía Somoza-, dice que su reconocimiento fue directamente negativo.

Así, expone que las eventuales similitudes físicas narradas por los testigos se ven obturadas por dichos reconocimientos negativos, los cuales echan por tierra lo anterior, no pudiendo el juez integrar el pensamiento de los testigos afirmando que las similitudes relatadas concuerdan con la fisonomía de los encausados, pues el juez estaría reconociendo lo que el testigo no pudo.

Luego, trae a colación el testimonio de González, a quien considera de descargo.

Entiende absurdo que se haya descartado el relato de González en base a los de Miñola y Albornoz, ello al considerarlos concordantes.

De tal forma, cita los dichos de González por cuanto vio a Gómez parado junto al automóvil sustraído, al cual se subió y luego se fueron. De esto deduce el Defensor que el vehículo llegó al lugar sin el imputado, lo que conduciría a una imposibilidad de considerarlo autor.

Sostiene que no es incompatible que Miñola y Albornoz lo hayan visto a Gómez conduciendo el automóvil robado, pues ésta bien puede ser una secuencia posterior al ascenso de Gómez al rodado, pero luego de cometido el robo. Es decir, en la tesis del impugnante, cuando el encartado subió al vehículo –escena narrada por González-, el delito ya se había cometido, con lo cual no sería uno de los coautores. Agrega que carecería de sentido que Gómez haya cometido el hecho, vuelto a pie a su domicilio, ascendido al

automóvil con posterioridad allí para luego ser visto por los testigos Miñola y Albornoz conduciéndolo.

De lo expuesto concluye que carece de relevancia el indicio de proximidad territorial entre los lugares de la aprehensión y del hecho, teniendo en cuenta que los coautores pasaron a buscar a Gómez con el automotor sustraído y luego se produjeron los arrestos.

Solicita la casación del fallo y la absolución de su asistido procesal.

III.- El Sr. Fiscal Adjunto, Dr. Fernando Luis Galán, postuló el rechazo de ambos recursos.

En cuanto al agravio constitucional –nom bis in idem-, expuso que el mismo ya ha tenido respuesta en el marco de la causa nro. 73.895, viniendo firme ante esta instancia.

Manifestó que el oportuno reenvío no fue puesto en crisis por la Defensa, al no haberse articulado el eventual remedio extraordinario ante la SCJBA.

Trae a colación el precedente “Mohamed” de la CIDH, donde se postuló la tesis restrictiva en torno a la interpretación de la garantía en análisis, es decir, que para su conculcación se requeriría el dictado de una sentencia firme, en cuyo caso el nuevo juicio sobre los mismos hechos violaría el principio, concordantemente con la idea de la unidad del proceso penal, incluyendo la etapa recursiva. En consonancia con ello, dice que la absolución dictada en su momento no adquirió firmeza por el recurso fiscal, todo lo cual ocurrió en el curso del mismo proceso.

En cuanto a las quejas vinculadas con la prueba de la autoría de ambos encausados, expone que la situación de cuasi flagrancia en la que fueron aprehendidos, en inmediaciones del rodado sustraído y del bolso donde estaban otros efectos personales de las víctimas, como así también las armas de fuego empleadas, permiten confirmar el fallo condenatorio.

IV.- Pasaré a responder los agravios formulados, comenzando con el planteo vinculado con la alegada afectación de la garantía de nom bis in idem en torno al juicio de reenvío, luego con aquellos motivos relacionados

con la acreditación de la autoría penalmente responsable de ambos imputados y finalizando con las cuestiones de calificación legal introducidas por la Defensora Adjunta por ante este Tribunal:

a).- Los argumentos del impugnante, vinculados a la presunta afectación del principio *non bis in idem* se traducen, en definitiva, a la pretensión de que el Ministerio Público Fiscal carezca de la facultad de recurrir el veredicto absolutorio allí cuando, en el debate que le precedió, no se haya configurado ninguna causal de nulidad que haya viciado al plenario.

Ello resulta de premisas como “el Estado solo tiene una oportunidad para lograr la condena de un ciudadano” ó “no es legítimo que el imputado sufra nuevamente el riesgo de ser condenado cuando ya soportó un juicio formalmente válido” pues, si se le atribuyera verdad a las mismas, el Fiscal de Juicio carecería de toda posibilidad legítima de impugnar la absolución cuando el debate haya sido procesalmente válido.

Claro que dicha inteligencia choca frontalmente con lo que establece el art. 452 inc. 1 del ceremonial, que faculta al Fiscal a recurrir casatoriamente la sentencia absolutoria cuando haya requerido la condena del imputado, con lo que cabe realizar el esfuerzo interpretativo que permita descartar, en su caso, la lesión constitucional invocada, teniendo en cuenta el carácter de *ultima ratio* del orden jurídico que implica una declaración de invalidez por afectación de cláusulas federales.

He tenido oportunidad de expedirme al respecto al resolver la causa n° 2611 de la Sala II de este Tribunal. Sostuve en aquella oportunidad que “...lo cierto es que no advierto la alegada incompatibilidad entre el dispositivo legal cuestionado y las normas constitucionales e internacionales que se denuncian conculcadas, que sólo prohíben que el condenado o absuelto por sentencia firme sea sometido a nuevo juicio por los mismos hechos, prohibición que no se viola cuando se pretende la revisión de un pronunciamiento no firme a través de una vía recursiva que no configura nuevo enjuiciamiento.

En ese sentido, la aludida prohibición no se ve afectada por el reconocimiento de las facultades recursivas al Ministerio Público Fiscal, en tanto no hacen renacer una acción penal ya agotada, sino que como instrumentos de justicia y perfección procesal, sólo permiten razonablemente extenderla a los efectos de posibilitar un debido contralor, en el caso, del acto jurisdiccional destinado a poner fin al proceso.

Si bien sería inadmisibles en nuestro marco constitucional que a una persona ya definitivamente enjuiciada se la intente someter nuevamente al riesgo de una condena o de una pena más grave a la primitivamente impuesta (así, si se facultase al Ministerio Público a plantear la acción de revisión del art. 467), ninguna dificultad existe en cambio en que, antes de finalizado el proceso en virtud del dictado de una sentencia aún no pasada en autoridad de cosa juzgada, se empeore a instancia del Ministerio Fiscal una situación que el imputado no había adquirido de manera definitiva por la existencia de recursos.

En definitiva, no advierto que se conculque garantía alguna si el riesgo que corre el absuelto de ser condenado o el que corre el condenado de ser penado en un grado mayor, sólo cesan cuando la sentencia es consentida o queda firme para el titular de la acción pública, momento en el que la declaración contenida en el decisorio se convierte para aquellos en un derecho adquirido de contenido negativo que se traduce, allí sí, en la imposibilidad de que dicha situación se vea ulteriormente perjudicada, tal como surge del juego armónico de los arts. 434, 435, 452 y 467 del C.P.P. y de la prohibición expresa contenida en los Pactos Internacionales cuyas disposiciones se pretenden conculcadas -arts. 8.4 de la C.A.D.H. y 14.7 del P.D.C.y P.”.

No encuentro razones que me persuadan de la necesidad de apartarme de dichas consideraciones. En primer lugar entiendo que las particularidades que se presentaban en el precedente “Sandoval” y su remisión a “Alvarado, Julio” (CSJN Fallos 333:1687 y 321:1173 respectivamente), sumado a las distintas consideraciones efectuadas por los

magistrados que formaron mayoría y la forma en que se han tratado otros casos similares con posterioridad a ellos, llevan a considerar que las sentencias allí dictadas sólo han resuelto el caso concreto pero no permiten afirmar que la Corte Suprema haya fijado una doctrina en relación al tema en tratamiento.

En efecto, en “Sandoval” la Corte Suprema de la Nación decidió revocar el fallo del Superior Tribunal de Río Negro que había anulado parcialmente la sentencia absolutoria y el debate precedente, reenviado el caso al tribunal de origen para que dicte un nuevo pronunciamiento.

Los fundamentos de los jueces que formaron la mayoría para decidir la revocación no resultaron comunes, pues mientras los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi consideraron que remitir a un nuevo debate por revocatoria de una absolución promovida por el recurso del querellante vulnera el principio non bis in idem, remitiéndose a los fundamentos expuestos en “Alvarado” por el voto disidente de los jueces Petracchi y Bossert, como así también en “Olmos” (Fallos, 329:1447, considerando 17 del voto del juez Petracchi); el juez Zaffaroni concurrió con la mayoría en cuanto a la revocación del fallo pero partiendo de una línea argumental distinta. El doctor Zaffaroni entendió que el Superior Tribunal de provincia había ignorado la máxima in dubio pro reo al actuar oficiosamente en violación del modelo acusatorio, argumentando que “la anulación de dicho fallo basada esencialmente en la omisión por parte del tribunal de juicio de ordenar un nuevo peritaje a efectos de superar la disparidad de criterios existentes entre los dos que habían sido producidos, importa claramente, además, una relegación del principio constitucional del favor rei y su colorario in dubio pro reo” y que “...el tribunal a quo no parece haber reparado en que ni el acusador particular ni tampoco el público solicitaron al tribunal de juicio la realización del nuevo peritaje, cuando correspondía precisamente a ellos demostrar, con el grado de certeza que se exige para legitimar una condena penal, la culpabilidad del imputado, siendo que, además, el punto a

desentrañar resultaba de suma trascendencia para la solución del litigio” (voto del juez Zaffaroni en “Sandoval”, consid. 21).

En suma, los fundamentos vertidos por el juez Zaffaroni resultaron distintos de los del voto conjunto de los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi en punto a la viabilidad del recurso contra la sentencia absolutoria. Ello se confirma si se tiene en cuenta el voto del doctor Zaffaroni en el caso “Kang” (Fallos: 334:1882), en el que remitió a los fundamentos del dictamen del procurador donde se sostenía, entre otras cosas, que “la afirmación acerca de que la prohibición de la múltiple persecución penal por un mismo hecho impide, a partir del recurso acusatorio, la revisión de una absolución y la consecuente realización de un nuevo juicio, no ha atendido al criterio del Tribunal en cuanto descarta la violación a tal precepto constitucional cuando la decisión de retrotraer el proceso obedeció a la existencia de vicios esenciales (Fallos: 312:597, citado precisamente en uno de los votos que conformó la mayoría, y 326:1149)”, que “...dado que una sentencia anulada carece de efectos, mal puede afirmarse que existan dos fallos que juzguen el mismo hecho, pues, como ha establecido la Corte, en estos casos, hay sólo uno que puede considerarse válido...”, y que “...La regla adoptada por el a quo que establece un supuesto de ne bis in idem que impide el reenvío contenido en el art. 451 del Cód. Proc. Penal de la Nación cuando el defecto que generó la absolución fuera consecuencia de un error del Estado, se aparta del principio primario de sujeción de los jueces a la ley, con arreglo al cual no debe sustituir al legislador para crear excepciones no admitidas por la norma ni efectuar una interpretación que equivalga a su prescindencia, en tanto no medie una concreta declaración de inconstitucionalidad...”.

Sólo considerando que a criterio del propio juez Zaffaroni no hubo una doctrina en sentido estricto en “Sandoval”, puede entenderse de manera congruente su voto en “Kang”. Es que, en rigor, este juez emitió su voto en “Sandoval” de modo concurrente con el voto conjunto de los otros tres jueces mencionados anteriormente, en cuanto a la solución formal del caso, pero lo hizo en base a otras consideraciones.

Por otro lado, en casos posteriores a aquellos en los que emitiera su voto en minoría el juez Petracchi, a los que luego remitieran otros dos magistrados en "Sandoval", la propia Corte Suprema decidió revocar una sentencia absolutoria e implícitamente, al valorar de manera distinta la prueba reunida, ordenó a la Cámara Nacional de Casación Penal modificarla.

Así, al dictar sentencia en autos "Luzurreta, Héctor José y otros s/ privación ilegal de la libertad agravada y reiterada en concurso ideal, etc." de fecha 16/11/09, L.328. XLII, suscripta por todos los miembros del Alto Tribunal, dejó sin efecto la sentencia absolutoria del Tribunal Oral que fuera confirmada por la Cámara Nacional de Casación Penal.

Considero ilustrativo también analizar en este punto el fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 23 de noviembre de 2012, al resolver el caso "Mohamed vs. Argentina", recordando que conforme tiene dicho la CSJN la jurisprudencia de la Corte Interamericana "...debe servir como guía para la interpretación de esta Convención, en la medida en que el estado argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (cfr. Arts. 41, 62 y 64, Convención y 2º, ley 23.054)" -cfr. "Arce", Fallos: 320:2151 y Ekmekdjian Fallos: 315:1492-.

En dicho precedente la Corte Interamericana reiteró su persistente doctrina en relación al alcance de la prohibición del ne bis in idem realizando consideraciones tales como que "...El inculpado por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos..."; "...La Corte ha sostenido de manera reiterada que entre los elementos que conforman la situación regulada por el artículo 8.4 de la Convención, se encuentra la realización de un primer juicio que culmina en una sentencia firme de carácter absolutorio". "...El Tribunal también ha señalado que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, incluyendo los recursos ordinarios que se interpongan contra la sentencia"; "...La Corte reitera que el

principio ne bis in idem, consagrado en el art. 8.4 de la Convención, se sustenta en la prohibición de un nuevo juicio sobre los mismos hechos que han sido materia de la sentencia dotada con autoridad de cosa juzgada...". "En el presente caso, la sentencia que condena al señor Mohamed por el delito de homicidio culposo fue emitida en la segunda instancia del proceso penal. Esa sentencia condenatoria revocó la sentencia absolutoria que había sido emitida en la primera instancia en ese mismo proceso penal. La sentencia condenatoria no se produjo en un nuevo juicio posterior a una sentencia firme que haya adquirido la autoridad de la cosa juzgada, sino que fue emitida en una etapa de un mismo proceso judicial penal iniciado contra el señor Mohamed por los hechos ocurridos el 16 de marzo de 1992...".

En definitiva, no debe confundirse la "doble persecución penal" prohibida por los instrumentos internacionales, con el "doble conocimiento" en un mismo proceso. La instancia recursiva no hace nacer un proceso autónomo o distinto en el que se renueve la acusación, sino que se trata de la continuación del mismo proceso, ahora en una instancia de control, prevista por el legislador a fin de que un órgano superior controle la razonabilidad de un acto de gobierno como es la sentencia. Se trata de una manifestación propia del sistema republicano consagrado en nuestro régimen constitucional.

En este sentido, se impone recordar que si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no en beneficio de los estados contratantes, asimismo que el Ministerio Público como órgano del Estado, no se encuentra amparado por las referidas normas con rango constitucional, no lo es menos que ello es así "sin que ello obste a que el legislador, si lo considera necesario, le conceda igual derecho" (cfr. "Arce", Fallos: 320:2151).

Es que si bien el acusador no posee un derecho constitucional al recurso, sí posee el derecho a la jurisdicción que le garantiza la posibilidad

de utilizar todos los medios que el legislador ha decidido otorgarle, sin que ningún tribunal pueda cercenarle su ejercicio en las condiciones en las que le fue reconocido legalmente, pues en caso de hacerlo se estaría arrogando atribuciones legiferantes ajenas a su competencia.

En suma considero que, por un lado, no hay una doctrina constitucional firme por parte de la Corte Suprema Nacional que en forma terminante haya dado al principio *ne bis in idem* el alcance de imposibilitar un recurso acusatorio contra una sentencia de absolución, lo que por cierto hubiera implicado la declaración de inconstitucionalidad de las normas procesales que legitiman expresamente a ese sujeto procesal a recurrir una decisión de ese tipo y, por el otro, los instrumentos internacionales que otorgan jerarquía constitucional a la mentada garantías tampoco permiten una interpretación en ese sentido.

Por ende, si no hay una doctrina establecida no podría hacerse lugar a la pretensión, de por sí cuestionable, del seguimiento obligatorio de la jurisprudencia de la Corte, especialmente cuando lo que se propicia consiste en hacerlo contra la letra expresa de la ley procesal de esta Provincia.

b).- Como primera medida, considero necesario realizar la aclaración que el nuevo juicio implicó, valga la redundancia, una nueva producción de la prueba ante nuevos jueces, siendo que estos no necesariamente apreciarán la misma del mismo modo en que lo hicieron sus pares que le precedieron.

De este modo, la “visión de túnel” que refiere el recurrente es, en realidad, una apreciación subjetiva de jueces distintos de los que dictaron la absolución, no evidenciándose que la sentencia de la Sala II de este Tribunal haya influido en el ánimo de los mismos, encontrándose suficientemente garantizados los principios de independencia e imparcialidad de los magistrados.

Realizadas estas salvedades, paso a responder los agravios de ambos impugnantes vinculados a la prueba de la autoría de sus asistidos.

En el marco del debate se tuvo por acreditado que el día 5 de enero de 2011, aproximadamente a las 18:00 horas, en circunstancias en que Guillermo Somoza se encontraba bajando unos objetos de su vehículo en la puerta de su domicilio sito en la calle El Durazno nro. 1657 de Miramar, es sorprendido por dos sujetos de sexo masculino, mayores de edad, quienes esgrimiendo armas de fuego aptas para efectuar disparos, intimidaron al nombrado a quien obligaron a ingresar a la finca donde a su vez se encontraban la esposa y hermana del nombrado, Sras. Ana Lía Somoza y Eleonora Julia Casey.

Una vez adentro, uno de los coautores procedió a golpear en la cabeza a Guillermo Somoza con el pistolón que portaba, causándole lesiones leves. Luego maniataron a las víctimas, apoderándose así de distintos objetos, huyendo a bordo del vehículo de los damnificados.

Se tuvo a su vez por comprobada la intervención de otras dos personas de sexo masculino, quienes aguardaron en el exterior de la vivienda en actitud colaborativa y estaban alerta para vencer cualquier escollo que se pudiera haber presentado en la perpetración del hecho.

El a quo tuvo por demostrado el suceso referido a partir del relato de las tres víctimas –los hermanos Somoza y la Sra. Casey- quienes concordaron en la agresión armada de los dos sujetos del sexo masculino, los cuales los redujeron en el living, luego de lo cual los llevaron hasta el baño donde fueron atados de pies y manos con cables de los electrodomésticos existentes. Finalmente concordaron en que, luego de ser desapoderados de distintos bienes personales, los sujetos se dieron a la fuga a bordo del vehículo familiar, un Ford Fiesta dominio colocado EKY-734.

Conexo a este último dato, es decir, la huida a bordo del Fiesta, tenemos el relato testimonial del funcionario policial Nelson Albornoz quien dijo en lo pertinente que tomó conocimiento radial del hecho, de modo que se acercó al domicilio pero, previo a llegar al lugar, observó al vehículo que le fuera descripto estacionado en la intersección de las calles Erramouspe y

Todos los santos, viendo que los cuatro ocupantes del rodado comenzaron a correr ante su arribo, persiguiéndolos y viendo el momento en el cual uno de los sujetos arrojó un bolso.

Dijo que los sospechosos se dividieron en sus trayectorias, tomando tres en una dirección y el restante en otra, persiguiendo a éste último, al cual perdió de vista, no obstante que luego vio a un sujeto de ropas similares y lo redujo.

Mencionó que le había indicado a sus compañeros la dirección hacia la cual habían corrido los tres sujetos restantes, los cuales fueron aprehendidos en cercanías del lugar de la primigenia fuga.

El Subteniente Molina dio cuenta del rastillaje y posterior hallazgo del bolso mencionado por Albornoz, secuestrándose en su interior, entre otras cosas, dos armas de fuego, ropa y artefactos tecnológicos, efectos personales que fueron reconocidos por la víctima Guillermo Somoza en sede policial.

La testigo Tamara Miñola aportó un dato trascendente: dijo que vio un Ford Fiesta que la sobrepasó cuando ella transitaba por la calle Erramouspe, segundos después vio a un patrullero y luego que tres o cuatro sujetos huyeron a pie hacia el domicilio de "Condorito" Gómez, aclarando que el rodado era comandado por el mencionado, siendo su acompañante el "Turquito" Sánchez, es decir, los aquí encausados.

Se la inquirió para que aclare sus dichos, dado que en la etapa sumarial había dicho que el acompañante era su primo Urrutia y no Sánchez, explicando que la confusión se debió al parecido físico de ambos.

Sin perjuicio de los cuestionamientos que los defensores dirigen contra esta testigo, existen dos puntos que permiten verificar su credibilidad: primeramente, la forma casi azarosa en la cual prestó declaración, pues no fue citada a declarar sino que el personal policial tomó nota de su conocimiento del hecho a partir de haberlo comentado ella misma en la seccional, en ocasión de encontrarse allí visitando a su hermano detenido, todo lo cual fue confirmado por el Comisario Ángel Álvarez al declarar. Por

otra parte, también manifestó Miñola que le pareció que el Fiesta estaba “medio fundido”, por el ruido que hacía y el humo que emanaba del motor, dándose la sensación que no pasaban los cambios, lo cual fue confirmado por la circunstancia de que, a raíz de la mala conducción del vehículo, los delincuentes causaron la rotura del sistema de embrague, tal como se prueba a partir del reconocimiento de Guillermo Somoza y de la documental incorporada por lectura al debate.

Esto también se colige de lo manifestado por Eleonora Casey cuando escuchó que los sujetos, al darse a la fuga, aceleraron excesivamente el automóvil, provocando el reto de uno de ellos al conductor al decirle “sos un boludo, no sabes manejar”.

El funcionario policial Albornoz concordó con la testigo Tamara Miñola en cuanto a que Gómez era el conductor del Fiesta, mientras que Sánchez resultaba ser el acompañante. Aclaró que los conoce por su función policial y por los antecedentes que estos registran.

Como indicio de cargo, fue correctamente valorada la cercanía del lugar de las aprehensiones con respecto al escenario del suceso, separados por unos 400 o 500 metros, produciéndose las capturas pocos minutos después de la comisión del delito, lo cual fue confirmado por la circunstancia de que Albornoz, al dirigirse al domicilio de las víctimas, se cruzó con el Ford Fiesta donde iban los coautores del injusto.

En poder de Sánchez se encontró, independientemente de una suma de dinero -\$200 en cambio- un atado de cigarrillos marca Derby, el cual se encontraba abierto. No obstante la fungibilidad del objeto, las víctimas dieron cuenta de la existencia de dicho atado como de su propiedad.

Que los efectos hayan estado en el interior de la vivienda o del automóvil es absolutamente indiferente, máxime si se tiene en cuenta que el rodado era de las víctimas, de lo cual se deduce que constituye también un lugar donde ejercen la esfera de custodia de sus bienes.

En cuanto a los reconocimientos por fotografías, expuso el tribunal de mérito que Guillermo Somoza manifestó que solamente a uno podría

reconocer, señalando en definitiva a Gómez por resultar el más parecido, aunque no podía estar absolutamente seguro.

Ana Lía Somoza manifestó que solo podría reconocer a uno, siendo que el restante tenía parcialmente cubierto su rostro con un trozo de tejido de color rojo.

Eleonora Casey, lisa y llanamente, dijo que no podía reconocer a ninguno de los sujetos.

El a quo ha comparado la similitud de las características existentes entre las planillas por las cuales los imputados fueron oportunamente identificados con relación a la descripción dada por las víctimas –en el caso, los hermanos Somoza-, lo cual suscitó la queja de la defensa bajo el argumento de integrar o completar el juez el pensamiento del testigo, percibiendo lo que aquél no pudo percibir.

En realidad, el magistrado no reemplaza al testigo en su declaración sino que, acudiendo a las características aportadas a partir de la memorización o del recuerdo, compara aquellas con las existentes en planillas oficiales de identificación. En sí, es una forma de valorar la probabilidad en la identificación.

En cuanto al testimonio de González, este manifestó que vio a Gómez salir de su residencia hacia el almacén a las 15 horas, regresando 10 minutos después, volviéndolo a ver parado junto al Ford Fiesta, en la puerta de su casa, ascendiendo al mismo y marchándose del lugar, regresando, poco después, perseguido por la policía. De ello deduce el defensor que los delincuentes pasaron a buscar a su asistido con el automóvil luego de haber cometido el hecho.

Los argumentos no superan el puro terreno conjetural.

Como bien ha señalado el tribunal, González en momento alguno negó que Gómez haya salido de su domicilio antes de volver a verlo a las 18:30 o 19 horas de modo que, ante la proximidad de los lugares –de aprehensión y del ilícito- la distancia le permitía al imputado transitar a pie y llegar en poco tiempo, pues solo tenía que caminar cuatro o cinco cuadras.

El defensor de Gómez intenta conciliar, forzosamente, los dichos de González con los de Miñola y Albornoz, que vieron a Gómez a bordo del automóvil desde el cual descendieron los cuatro sujetos que emprendieron la fuga pero, en realidad, el propio González dijo que estaba trabajando en su vivienda, de modo que no pudo apreciar más detalles. De tal manera, de los dichos de González ni siquiera puede deducirse la posibilidad que pretende introducir la defensa, ello teniendo en cuenta que lo vio primero a las 15 horas –tres horas antes del hecho-, luego lo vuelve a ver temporalmente en un horario afín a la culminación del ilícito pero en ningún momento dijo ver quien conducía el Ford Fiesta al momento de aparcar en la vereda del domicilio de Gómez.

Visto así, su testimonio no logra excluir a Gómez de la comisión del hecho pues no observó, en concreto, quien trajo el rodado al lugar, como tampoco pudo certificar que el imputado permanecía en su domicilio en el horario de ejecución del delito.

De dichas circunstancias concluye el a quo en que González intentó favorecer a su vecino Gómez, desacreditando su testimonio.

Como consecuencia de la valoración probatoria realizada, la violación del principio in dubio pro reo que las defensas denuncian no se configura por cuanto, a partir de la reseña antes desarrollada, queda descartado que los sentenciantes hayan dictado el pronunciamiento sin certeza desde el plano subjetivo, ni surge de la ponderación objetiva de la prueba un estado de duda capaz de conmovir el resolutorio impugnado.

Corresponde en conclusión el rechazo del agravio deducido.

c).- La Sra. Defensora Adjunta petitionó la exclusión del elemento típico “banda” de la calificación legal, lo cual si bien no fue explícitamente cuestionado por la defensa oficial, si al menos fue alegado como argumento, en el sentido de haber discutido la existencia de los dos sujetos que permanecerían afuera del domicilio a modo de los comúnmente denominados “campana”.

Sin perjuicio de los fundamentos emparentados a la equiparación de la banda con la asociación ilícita, debe decirse que la base fáctica resulta ser el relato de la víctima Ana Lía Somoza, quien dijo que el segundo sujeto que estaba en el interior de la vivienda hacía señas hacia el exterior, mirando por la ventana.

Si bien Albornoz había observado a cuatro sujetos descender del rodado y emprender la fuga, la realidad es que nadie puede decir, a ciencia cierta, cual ha sido el concreto aporte de estos dos sujetos que permanecían en el exterior de la vivienda.

Además del común acuerdo que permite la recíproca imputación de las distintas contribuciones individuales, la coautoría funcional requiere que cada interviniente realice durante la etapa ejecutiva un aporte objetivo al hecho de importancia tal que resulte indispensable para su comisión y confiera a quien lo efectúa el dominio global de la acción, es decir, el co-gobierno del suceso en cooperación con los demás intervinientes y la consecuente posibilidad de decidir la interrupción o consumación del ilícito con sólo retirar o mantener su apoyo.

Si bien no resulta sencillo fijar en abstracto parámetros inconmovibles que permitan discernir sobre la relevancia objetiva que debe tener aquel aporte para resultar constitutivo de coautoría (conf. Roxín, "Autoría y dominio del hecho", sexta edición, pag. 312), tanto que aún no existe consenso en la doctrina sobre el grado de responsabilidad que corresponde al denominado "campana" o la que debe recaer sobre el jefe de banda que dirige el accionar del grupo desde su puesto de mando, lo cierto es que el dominio funcional del hecho requiere siempre de una contribución de carácter esencial que, en cumplimiento de un acuerdo previo, importe la directa ejecución parcial o completa de alguno de los elementos centrales del tipo o implique el cumplimiento de una tarea que, además de ser suficientemente independiente y autónoma, resulte indispensable y determinante para la realización del resultado.

De lo probado no surge que los sujetos que estaban en el exterior de la vivienda hayan "tomado parte en la ejecución del hecho", ni tuvieran dominio funcional, como tampoco posibilidad alguna de decidir sobre el curso central de la acción de desapoderamiento "con sólo quitar o mantener su apoyo".

Ese "minus" de contribución objetiva no podría ser compensado con un "plus" de co-intervención en la decisión del delito (conf. Roxín, pag. 314), como sería en el sub lite la declarada existencia de un complot, pues sin un aporte que implique autoría por tomar parte en la ejecución del hecho con dominio funcional del mismo no puede haber coautoría por mucho que los imputados asientan el resultado o quiera el hecho como propio.

La configuración de la agravante cuestionada de robo en banda requiere que tres o más personas actúen con dichas notas distintivas, es decir, el dominio del hecho, quedando excluidos los partícipes primarios y secundarios, de modo que la calificante no se configura en este caso.

Independientemente de lo expuesto, debe dejarse sentado que la desaplicación de la misma no puede tener en el caso repercusión alguna en el monto de la pena, teniendo en cuenta la concurrencia ideal del robo agravado por su comisión con armas de fuego el que, por su mayor gravedad, absorbe la pena del delito de menor cuantía punitiva –art. 54 del C.P.-.

Esto debe extenderse para ambos imputados en virtud del efecto extensivo de los recursos –art. 430 del ritual.-.

También dejo constancia de que, ante la ausencia de recurso fiscal, no puede revisarse el tramo de la significación jurídica en lo que respecta a la consideración del delito como cometido en grado de tentativa, por la prohibición de la denominada *reformatio in peius* ni la formulación de precisiones vinculadas a la consideración objetiva en el caso de sus circunstancias a partir de que el delito de robo se consuma cuando el sujeto activo logra la libre disponibilidad de la res furtiva, es decir, cuando la cosa sustraída es sacada de la esfera de custodia del dueño y éste carece de la

posibilidad inmediata de recuperarla, siendo por completo irrelevante el lapso temporal por el cual se ejerza el señorío, la distancia que el autor haya recorrido con los objetos o la recuperación posterior de los mismos.

V.- Conforme a las razones expuestas, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente a ambos recursos y casar la sentencia, únicamente en el tramo de la calificación legal, desaplicando la agravante de “banda” por errónea aplicación del art. 167 inc. 2 del C.P, no obstante no tener incidencia concreta en el monto de la pena por imperio del art. 54 del mismo cuerpo normativo al aplicarse solamente la pena mayor y rechazar por improcedentes los recursos deducidos en los demás agravios. Sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P).

Así lo voto.

A la misma cuestión planteada, el Sr. juez Dr. Ordoqui dijo:

Adhiero al voto de mi colega preopinante, Dr. Celesia, conforme a 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, por unanimidad;

R E S U E L V E

I.- Declarar admisible el remedio casatorio interpuesto por el defensor.

II.- Hacer lugar parcialmente a ambos recursos y **casar** la sentencia, únicamente en el tramo de la calificación legal, desaplicando la agravante de “banda” por errónea aplicación del art. 167 inc. 2 del C.P, no obstante no tener incidencia concreta en el monto de la pena por imperio del art. 54 del mismo cuerpo normativo al aplicarse solamente la pena mayor y rechazar

por improcedentes los recursos deducidos en los demás agravios. Sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 del C.P.P).

Número único: 08-01-27-11-00.

Rigen los arts. 421 segundo párrafo, 434, 450, 451, 454 inc. 1, 530 y 531 del digesto ritual.

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

EM

FDO: JORGE HUGO CELESIA – MARTIN MANUEL ORDOQUI

Ante mí: