



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 74176/2013/TO1/CNC1

Reg. n° 498/2017

///nos Aires, 22 de junio de 2017.

Y VISTOS:

Para resolver en la causa CCC 74176/2013/TO1/CNC1, caratulada s/ homicidio agravado”.

RESULTA:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 26 resolvió rechazar los planteos de nulidad de las declaraciones indagatorias y de inconstitucionalidad del art. 80 inciso 7° CP formulados por la defensa, y condenar a [redacted] a la pena de doce años de prisión, accesorias legales y costas, en orden a los delitos de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública, en grado de tentativa, en calidad de coautor (hecho del 15 de julio de 2012, en perjuicio de José Anastópulos); robo simple, en grado de tentativa, en calidad de coautor (hecho del 2 de mayo de 2013, en perjuicio de [redacted] y de [redacted]); robo simple, en calidad de coautor (hecho del 7 de septiembre de 2013, en perjuicio de [redacted]); robo agravado por haber sido cometido con un arma de fuego, en grado de tentativa, en calidad de autor (hecho del 22 de diciembre de 2013, en perjuicio de [redacted]); coacción, en calidad de autor (hecho del 10 de diciembre de 2013, en perjuicio de [redacted] i) y robo agravado por haber sido cometido con arma de fuego en grado de tentativa, en concurso real con el de homicidio agravado por haberse cometido por no haber logrado el fin propuesto al intentar el otro delito en grado de tentativa, en calidad coautor (hecho del 15 de diciembre de 2013, en perjuicio de [redacted]); todos en concurso real. Además, lo absolvió del delito de encubrimiento agravado por el ánimo de lucro reiterado –causas n° 4376 y 4368 y 4344– (arts. 12, 29 inciso 3, 42, 45, 55, 80 inciso 7, 149 *bis* segundo párrafo, 164, 166 inciso 2 párrafo 2 y 167 inciso 4 del Código Penal, v. fs. 389/390 y 391/422).



II. Contra esa sentencia interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad el doctor Jorge Luis Falco, titular de la Defensoría Pública Oficial Adjunta n° 13 ante los tribunales orales del fuero (fs. 423/436), que fue concedido (fs. 437/438) y mantenido (fs. 442).

III. La Sala de Turno de esta Cámara le otorgó al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 444).

IV. En el término de oficina, contemplado en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del mismo código, se presentó el defensor público oficial a cargo de la Unidad de Actuación n° 6 ante esta Cámara, doctor Maximiliano Dialeva Balmaceda (fs. 447/452).

V. Conforme a lo establecido en el art. 465 citado, quinto párrafo, se designó audiencia en esta instancia, a la que compareció la fiscal de la Procuración General de la Nación, doctora María Piqué (fs. 456).

Inmediatamente, el tribunal pasó a deliberar (arts. 396 y 469 CPPN) y arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer. **Y CONSIDERANDO:**

El juez Pablo Jantus dijo:

I. La defensa de _____ interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad contra la sentencia enunciada precedentemente.

En primer término, se agravio por arbitrariedad en la valoración de la prueba para fundar el aspecto subjetivo del tipo legal seleccionado, tanto del básico como del agravado (arts. 79 y 80 inciso 7 CP), y sostuvo que por aplicación del principio contenido en el art. 3 CPPN debió resolverse el caso subsumiendo la acción en la figura prevista en el art. 89 CP –todo ello con relación al suceso del que resultó víctima

A continuación, el recurrente postuló la inconstitucionalidad del art. 80 inciso 7 cit., que había planteado en el debate y fue rechazada en la sentencia, argumentando que sostener que un especial estado de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 74176/2013/TO1/CNC1

ánimo del autor importa un mayor desvalor de acción, y fundar así el agravante del tipo básico, con el consecuente impacto en la respuesta punitiva, vulnera el principio fundamental de derecho penal de acto (art. 19 CN).

Por último, criticó el juicio de mensuración de la pena sosteniendo que la arbitrariedad, en este caso, resulta de su falta de adecuación a los fines de prevención de la pena.

II. Al momento de fallar el Tribunal Oral tuvo por probado, en lo que aquí interesa, que el 15 de diciembre de 2013, alrededor de las 18 horas, en las inmediaciones de la intersección de las calles Fructuoso Rivera y Carlos Berg de esta ciudad, y otro sujeto identificado como ‘ , quienes tripulaban una motocicleta marca Honda, modelo “Wave”, color azul –conducida por el segundo de los nombrados–, abordaron a e intentaron apoderarse de su teléfono celular. Ante la resistencia de la víctima, refirió palabras tales como “Ah, sos atrevido, ahora vengo y te voy a matar” y se retiraron mientras que el damnificado continuó caminando hacia su domicilio. En la esquina de las calles Corrales y Carlos Berg lo abordaron nuevamente, ocasión en la que exhibió un arma de fuego, cargada con dos balas, y le exigió nuevamente que le entregara su teléfono celular; se negó y comenzó a correr, momento en el que recibió un impacto de bala en la cabeza y cayó al suelo.

La materialidad de los hechos juzgados –entre ellos el enunciado precedentemente– y la participación del imputado no fue motivo de agravio de la defensa, que ciñó su crítica al encuadre jurídico asignado al suceso mencionado en el párrafo anterior y al juicio de mensuración de la pena.

III. Los parámetros que, a mi modo de ver, deben ser tenidos en cuenta a la hora de revisar la sentencia desde el tribunal de casación han sido desarrollados *in extenso* al resolver en la causa n° 11375/2013/TO1/CNC1, caratulada “Mansilla, Pablo y otro s/ lesiones



leves” (Rta. 16/7/2015, Reg. n° 252/2015), ocasión en la que se analizaron las pautas de una interpretación constitucional del recurso en tratamiento a partir de la doctrina del precedente “Casal” (CSJN, Rta. 20/9/2005), que estableció un concepto de revisión amplio e integral del fallo entre los motivos de casación previstos en el art. 456 CPPN.

En ese marco observo que en el caso se ha afectado el principio de congruencia en tanto el fiscal, al precisar durante el alegato final circunstancias del delito no especificadas en el requerimiento de elevación a juicio, produjo una mutación perjudicial para el imputado, de la que resulta una insalvable vulneración a su derecho fundamental a la defensa en juicio.

En efecto, al formular el requerimiento de elevación a juicio (arts. 346 y 347 CPPN, fs. 250/255), el fiscal de instrucción describió el hecho conforme lo expuesto en el punto II; al valorar, en la misma pieza, la prueba reunida, concluyó que “a raíz de que no pudo lograr su cometido, intentó quitarle la vida mediante un disparo de arma de fuego”, y calificó ese hecho como constitutivo del delito de “homicidio agravado por haberse cometido con la intención de procurar la impunidad para sí, por no haber podido lograr el fin propuesto al intentar otro delito, en grado de tentativa”. Fundó este aspecto sosteniendo que “ello así por cuanto al no poder lograr el desapoderamiento del bien, el acusado dirigió sus acciones directa y concretamente a causar la muerte del damnificado, es decir, tuvo la plena intención de quitarle la vida, ello si se tiene en cuenta no sólo en qué dirección disparó (a la cabeza), sino también cómo se encontraba la lesión que sufrió y el medio empleado por (arma de fuego) para llevar a cabo su cometido”. Finalizó diciendo, al aludir a la relación concursal, que se verificó un “intento de homicidio al no haberse cumplido el fin propuesto al intentar ese delito”, en referencia al conato de robo.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 74176/2013/TO1/CNC1

Luego, en el alegato final, el fiscal general describió el hecho por el que formuló acusación afirmando que ‘ recibió un disparo del arma de fuego que efectuó por la frustración de no haber logrado el propósito de robo que se frustrara” (por la negativa de la víctima), y lo calificó como constitutivo del delito de homicidio agravado por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito en grado de tentativa (fs. 384/388).

Ahora bien, tal como sostuve en la causa CCC 35755/2012/TO1/CNC1, caratulada “Mallea, Lucio Mauricio por tenencia de arma de guerra” (Rta. 25/4/16, Reg. n° 313/2016), el derecho a la defensa en juicio radica –en lo que aquí importa– en la posibilidad del imputado de conocer la conducta que se le atribuye para, en base a esto, armar su estrategia defensa, ofrecer prueba, refutar y alegar, en pie de igualdad con las demás partes que intervienen en el proceso (arts. 18 y 75 inc. 22 C.N., 8.1 y 8.2.b de la CADH y 14.3.d del P.I.D.C.yP.).

En ese marco, el principio de congruencia garantiza una correlación entre los términos en que quedó sustanciada la acusación y el contenido de la sentencia, lo que debe concurrir a lo largo de todo el proceso: durante la instrucción en la delimitación del hecho por promoción fiscal o prevención, en la formulación al momento de efectuar el descargo, en el auto de procesamiento si hubiera, en el requerimiento de elevación a juicio y, durante la etapa oral, en la acusación y en la condena.

De tal forma, para que se vulnere la garantía en cuestión es necesario que la mutación en la base fáctica sea sustancial, de modo tal que produzca efectivamente un menoscabo en la facultad de refutación por parte del imputado, perjuicio que sólo se da cuando la diversidad fáctica le restringe o cercena la posibilidad de brindar su versión o presentar pruebas en su interés (cfr. C.F.C.P., Sala III, Reg. 188.04.3, “Cardinal, Ricardo Candelario s/recurso de casación” y citas: C.S.J.N. Fallos: 310:2733; C.F.C.P., Sala III, "Rivero, Jorge H. s/rec. de



casación", Reg. N° 89; causa n° 2939, Rta. 05/03/04; D'Albora, Francisco, *Código Procesal Penal de la Nación. Anotado. Comentado. Concordado*, Ed. Abeledo Perrot, 6ta edición, 2003, pág. 878/9; Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, T. II, Ed. Lerner, 1982, pág. 228; Clariá Olmedo, Jorge A. *Derecho Procesal Penal*, T. I, Ed. Ediar, 1960, pág. 507/509).

En palabras de Alejandro D. Carrió, el principio en cuestión reclama que exista congruencia entre el reproche final que se le hace al imputado y los hechos concretos que motivaron su acusación (*Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, 6° edición actualizada y ampliada, Bs. As. 2014, p. 138).

En el caso, la confusión de conceptos en la acusación original – presente también en las declaraciones indagatorias y en el auto de procesamiento (fs. 183/184, 196/198 y 199/213)–, que debió ser suplida por el fiscal en el alegato final, no es menor, pues como observa Soler, “en la forma en que nuestra ley está concebida, se hallan, en realidad, dos figuras bastantes diferentes de conexión, pues mientras toda la primera parte se refiere al homicidio cometido *para*, la parte final se refiere a un homicidio cometido *por*. Esto impone distinguir una conexión *final* y una conexión *causal*. Ninguna de estas correlaciones puede identificarse con la simple *simultaneidad*, seguida por el C. francés, cuyo texto ha influido positivamente en el nuestro, pero separándose ambas leyes precisamente en ese punto. Es que, en efecto, esto señala con bastante rigor el sentido específico de nuestra ley. No se trata aquí de agravar el homicidio por el hecho *objetivo* de su concurso con otra infracción, fórmula que se pierde necesariamente en consideraciones insatisfactorias acerca del mayor o menor tiempo que debe mediar entre una y otra infracción (*in eodem tractu temporis*). Este repudiado sistema importa crear una sanción especial en un simple caso de concurso de delitos. Para nosotros, no basta el concurso: se precisa conexión. Esta conexión es necesaria en el sentido más estricto de la palabra, y lo que da el carácter específico es precisamente el





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 74176/2013/TO1/CNC1

aspecto subjetivo de esa conexión, porque ésta es una figura inaplicable si *en la conciencia del autor*, en el momento del hecho, no estuvo presente positivamente ese específico motivo de preparar, facilitar u ocultar otro delito o procurar la impunidad mediante el homicidio, o el despecho motivado por el fracaso de un intento criminal. Pero, para señalar claramente ese aspecto, es preciso separar la conexión final de la conexión causal, porque en ambas hipótesis no juega de la misma manera siempre la relación de ese estado subjetivo con la objetividad” (Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, TEA, Bs. As., 1978, pp. 40/42).

Seguidamente explica el autor la diferencia entre ambos casos de conexión, destacando que mientras que el primer supuesto requiere que el autor tenga la finalidad indicada en el momento de matar, como medio necesario, conveniente o favorable, el segundo –el causalmente conexo, por el que fue finalmente acusado– demanda que se haya intentado un hecho punible; y concluye diciendo que mientras que en este el hecho debe estar impelido por el fracaso, aquel se impulsa por una esperanza ilícita (v. S. Soler, ob. cit. pp. 42/45)

De lo expuesto resulta que la falta de claridad en el requerimiento de elevación a juicio acerca de en cuál de los dos supuestos previstos en inciso 7° del art. 80 citado encuadraba la acción reprochada –que, como se mencionó, se advierte también las actas de declaración indagatoria y en el auto de procesamiento–, y el hecho de que esa cuestión sustancial debiera ser precisada por el fiscal de juicio en el alegato y fuera receptada por el voto mayoritario en el fallo, ha importado un menoscabo en el derecho de defensa en juicio del imputado, pues como se mencionó anteriormente y tal como advirtió la juez Llerena en su voto, aunque relacionado con la inconstitucionalidad de la norma, se trata de alternativas diferentes; por ello no puede ser aplicada.

IV. Más allá de lo expuesto, entiendo que de todos modos corresponde arribar a similar conclusión admitiendo el agravio de la



defensa vinculado con la falta de acreditación en el caso concreto del aspecto subjetivo del tipo penal agravado.

Conforme el desarrollo efectuado en las causas “Mansilla” (citada en el punto anterior) y “Aristimuño, Jonathan Emmanuel s/ homicidio simple” (CCC 14087/2012/TO1/CNC1, de esta Sala, Rta. 28/12/16, Reg. n° 1038/16), entre otras, considero que el examen de la plataforma fáctica de una sentencia de condena está orientada a determinar si los elementos de convicción ponderados en el pronunciamiento cuestionado y los razonamientos utilizados permiten demostrar que, en ese caso, se ha acreditado con certeza la acción imputada, porque para sostener una condena penal, el juzgador debe adquirir certeza sobre la reconstrucción histórica de un suceso.

Cafferata Nores (*La prueba en el proceso penal*, 3ª edición, Depalma, Bs. As., 1998, p. 8) se refiere a este concepto de la siguiente manera: "Cuando esta percepción es firme se dice que hay certeza, a la cual se la puede definir como la firme convicción de estar en posesión de la verdad. La certeza puede tener una doble proyección: positiva (firme creencia de que algo existe) o negativa (firme creencia de que algo no existe); pero estas posiciones (certeza positiva y certeza negativa) son absolutas. El intelecto humano, para llegar a esos extremos, debe generalmente recorrer un camino, debe ir salvando obstáculos en procura de alcanzar esa certeza. Y en este tránsito se van produciendo estados intelectuales intermedios, los cuales suelen ser denominados duda, probabilidad e improbabilidad".

Por su parte Luigi Ferrajoli (*Derecho y Razón*, Editorial Trotta, España, 1998, p. 105 y ss.) enuncia con absoluta claridad las dos alternativas en las que puede transitar el derecho penal, con relación al concepto de certeza, al señalar que "La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente resulte castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 74176/2013/TO1/CNC1

incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune (...) La certeza de derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado, viene garantizada por el principio *in dubio pro reo*". Añade que a este último modelo corresponde "no sólo el máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza (...) Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos (...) Y una norma de clausura del modelo de derecho penal mínimo informada por la certeza y la razón es el criterio del 'favor rei', que no sólo permite sino que exige intervenciones potestativas y valorativas de exclusión o de atenuación de la responsabilidad cada vez que subsiste incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena. A este criterio son referibles instituciones como la presunción de inocencia del imputado hasta la sentencia definitiva, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la absolución en caso de incertidumbre sobre la verdad fáctica y, por otro lado, la analogía *in bonam partem*, la interpretación restrictiva de los supuestos típicos penales y la extensiva de las circunstancias eximentes o atenuantes en caso de dudas sobre la verdad jurídica".

Jorge Clariá Olmedo (*Derecho Procesal Penal*, Editorial Marcos Lerner, Cba., 1984, tomo I, p. 234) refiere que: "La firme creencia de estar en posesión de la verdad es el estado de certeza, de contenido simple e ingraduable, que implica desechar toda noción opuesta. Puede ser afirmativa o negativa en cuanto consista en la ocurrencia o en la no ocurrencia del hecho. En esos dos extremos, sin embargo, puede oscilar el espíritu mientras se mantiene el grado de incertidumbre. Esta ha de mostrar infinitos grados que se aproximan o alejan de la afirmación o negación, y cuyo término medio representará el estado típico de duda: igualdad de motivos para afirmar y para negar, todos dignos de ser tenidos en cuenta. Cuando predominan los motivos que nos conducen a



afirmar pero sin poder desechar los opuestos, el estado será de probabilidad: algo más que duda y menos que certeza. Lo contrario es el estado de improbabilidad. El principio *in dubio pro reo* sólo excluye la certeza sobre la culpabilidad; capta la duda y la probabilidad”.

En el mismo sentido, sostiene Perfecto Andrés Ibáñez (*Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, 1º ed. Hammurabi, Bs. As., 2009, p. 91) que “decidir jurisdiccionalmente conforme a la presunción de inocencia, en rigor, equivale a entender que sólo procederá la condena cuando, razonablemente (es decir, en términos de racionalidad inductiva) no existe ninguna duda acerca de la realización del delito y de la identidad del autor. Y, ya se ha dicho, que a esa conclusión sólo puede llegarse a partir de la existencia de una hipótesis acusatoria eficazmente sustentada por pruebas, una y otras producidas y valoradas en el marco de un proceso contradictorio”.

Ingresando al análisis que, sobre este punto trae el recurso, la defensa sostuvo que de las circunstancias del caso no surgen elementos con los cuales pueda construirse con el grado de certeza que demanda una sentencia condenatoria el aspecto subjetivo del tipo legal escogido –dolo homicida–, y que la respuesta del Tribunal a esta cuestión, fundada en la teoría del *incremento del riesgo jurídicamente desaprobado* como fuente objetiva, aplicada a partir de una conducta verificada *ex post*, afecta los principios fundamentales de racionalidad y defensa en juicio; observó, además, que el peligro en cuestión se encuentra presente también en figuras como las previstas en los arts. 89 y 104 CP; y finalmente destacó como circunstancias fácticas para abonar su teoría que el imputado disparó sólo una de las dos balas con que se encontraba cargada el arma de fuego empleada y su pequeño calibre, relacionándolo con la considerable distancia desde la que se produjo el disparo.

Por su parte, en el voto que lidera el acuerdo en el fallo se fundó este aspecto de la tipicidad en circunstancias tales como que ante la negativa de la víctima el imputado podría haber cesado en la acción, o





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 74176/2013/TO1/CNC1

disparado al aire con fines intimidatorios o a una zona corporal no vital como la cabeza; y de allí se extrajo también la conexión causal con el delito previo. Más adelante, al tratar el planteo de inconstitucionalidad de la norma de la que se trata, se sostuvo que existió una voluntad exteriorizada y que el fundamento del agravante radica en castigar un estado de ánimo que, en el caso, se tradujo en la acción subsecuente de disparar un arma contra la víctima. Y se aclaró que pudo disgustarse al ver frustrado su designio, pero que cuando esa frustración lo impulsó a buscar un arma, a exigir nuevamente la entrega del teléfono y disparar a una zona vital al encontrarse con la renovada negativa del damnificado, sus acciones se convirtieron en relevantes para el derecho penal.

Pues bien, las circunstancias fácticas relevadas en los distintos votos que componen el fallo resultan suficientes para tener por probado el dolo que requiere el tipo subjetivo básico, por cuanto el disparo de un arma de fuego, a corta distancia, a una zona vital del cuerpo de la víctima como es la cabeza, sumado a la advertencia previamente formulada: “Ah, sos atrevido, ahora vengo y te voy a matar”, demuestran claramente el conocimiento de los elementos y del resultado típico de su conducta, más allá de la definición de *dolo* que se adopte. Desde mi punto de vista esa valoración de los elementos individuales del caso ha sido adecuada y por ello la consecuencia jurídica, en este aspecto, es correcta.

Creo, sin embargo, que esas mismas circunstancias del suceso son insuficientes para comprobar con igual alcance que existió en la psiquis de la conexión causal aludida en el punto anterior, más allá de los reparos constitucionales que pueda presentar la norma y que con el doctor Magariños hemos tratado en el precedente citado tanto en el fallo como en el recurso, aunque aplicado al primer supuesto contemplado en el art. 80 inciso 7 citado, relacionado con la punición del estado de ánimo, pensamiento interno o propósito no exteriorizado del autor *–ultra intención–*.



En este caso, la demostración del resentimiento o desprecio del imputado por el fracaso, sea derivado de la propia torpeza como de la resistencia que opuso la víctima, que requiere el homicidio causalmente conexo (c. Soler ob. cit., p. 45), a partir de las circunstancias expuestas –la advertencia del imputado al damnificado y la agresión con el arma ante la negativa a entregar sus bienes–, no satisface el estándar de certeza al que aludí previamente.

En efecto, de los pormenores fácticos mencionados no se deriva necesariamente la existencia del nexo subjetivo especial que requiere el tipo penal agravado, con lo que al no haberse determinado con certidumbre la *ultraintención* requerida por el tipo penal agravado, no corresponde aplicarlo al caso.

Entonces, en la medida en que el rendimiento de la evidencia impide descartar más allá de toda duda razonable el aspecto subjetivo del que se trata y por estricta aplicación del principio *in dubio pro reo* contenido en el art. 3 CPP, corresponde calificar el hecho como constitutivo de los delitos de tentativa de robo agravado por su comisión con arma de fuego y tentativa de homicidio, en concurso real (arts. 42, 55, 79 y 166 inciso segundo párrafo segundo del Código Penal).

V. En virtud de lo expuesto propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, casar parcialmente la resolución recurrida, calificar el hecho cometido en perjuicio de _____ por el que fue condenado _____ como constitutivo de los delitos de tentativa de robo agravado por su comisión con arma de fuego y tentativa de homicidio, en concurso real (arts. 42, 55, 79 y 166 inciso segundo párrafo segundo del Código Penal), y remitir el caso a otro Tribunal del fuero para que determine el monto de pena a imponer al nombrado por los delitos por los que resultó sentenciado; sin costas (arts. 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). Por ello





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 74176/2013/TO1/CNC1

resulta inoficioso dar tratamiento al planteo de inconstitucionalidad de la norma de fondo aludida.

El juez Mario Magariños dijo:

Tal como ha sido reseñado en el voto del colega Pablo Jantus, se advierte, en primer lugar, que en el requerimiento de elevación a juicio formulado por la fiscalía (fs. 250/255), se calificó al suceso como tentativa de homicidio *criminis causa* “para lograr su impunidad por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”, esto es, se subsumió la conducta reprochada en dos finalidades diferentes, entre las varias previstas en el inciso 7° del artículo 80 del Código Penal, y en el apartado de descripción fáctica del hecho de dicho acto procesal, no se describieron las circunstancias de hecho que daban lugar a la imputación de alguno de esos fines al autor.

Ahora bien, en su alegato final durante el debate, el representante del Ministerio Público Fiscal calificó la conducta como tentativa de homicidio *criminis causa* “por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito” (fs. 386/vta.), finalidad ésta por la cual finalmente se condenó al acusado en la sentencia aquí impugnada (fs. 407/408).

Así las cosas, aparece evidente que el estricto acatamiento al imperativo fundamental de observancia de la congruencia fáctica, con relevancia jurídico penal, respecto de la calificante aplicada en el caso, fue desatendida tanto entre los dos actos procesales constitutivos de acusación (requerimiento de elevación a juicio y alegato final del representante del Ministerio Público), como también, y en especial, en la relación que en tal aspecto debía mediar entre la acusación y la sentencia de condena.

De ese modo, el decisorio impugnado ha inobservado parcialmente, no solo lo prescripto en el artículo 399 de la ley procesal nacional, sino también aquel imperativo de compatibilidad fáctica derivado del principio fundamental de defensa en juicio (artículo 18 de la Constitución Nacional). Esa inobservancia determina pues la nulidad



parcial de la sentencia (artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación) en punto a la aplicación de la calificante contenida en el artículo 80, inciso 7°, del Código Penal.

Por consiguiente, y en tanto esa parcial invalidez obedece exclusivamente a un vicio atribuible a la actuación de los órganos estatales, la consecuencia de su declaración no puede derivar en una renovación del juicio al condenado, luego de haber ya transitado él uno válidamente cumplido, de conformidad con lo establecido por esta Sala en el precedente “Papadopulos” (registro n° 702/2016, sentencia del 12 de septiembre de 2016).

Corresponde pues, como derivación de la nulidad parcial de la sentencia, excluir la aplicación al caso de la agravante contemplada en el inciso 7° del artículo 80 del Código Penal (conf. artículo 18 de la Constitución Nacional y 399 del Código Procesal Penal de la Nación).

En virtud de ello, deberán remitirse a sorteo las actuaciones a efectos de que un tribunal oral, con distinta integración, determine el monto de pena a imponer al señor] en función de la escala penal correspondiente al delito de tentativa de homicidio (artículo 42, 44 y 79 del Código Penal), y a los restantes sucesos por los que fue condenado válidamente en la sentencia recurrida, pues de conformidad con los parámetros de control de valoración probatoria derivados de la garantía fundamental establecida en los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fijados por este tribunal en los precedentes “Cajal” –proceso n° CCC 31507/2014/TO1/CNC1, registro n° 351/2015, sentencia del 14 de agosto de 2015- (ver el voto del juez Magariños) y “Meglioli” (proceso n° 814/2013, registro n° 911/2016, sentencia del 14 de noviembre de 2016 -ver voto del juez Magariños-), la sentencia impugnada ha fijado correctamente la conclusión relativa a la acreditación de los aspectos tanto objetivos, como subjetivos (dolo) del comportamiento de tentativa de homicidio simple desplegado por el recurrente y, de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 74176/2013/TO1/CNC1

conformidad con las pautas determinadas sobre este aspecto en el precedente “Valenzuela” (proceso n° 51734/2014, “Valenzuela, Sergio”, sentencia del 23 de febrero de 2016, registro n° 115/2016 -ver el voto del juez Magariños-).

Lo resuelto torna inoficioso el tratamiento de la cuestión de inconstitucionalidad introducida por el recurrente con respecto a la agravante excluida en la presente.

El juez Carlos A. Mahiques dijo:

I. Conforme los lineamientos expuestos al votar en la causa n° CCC 37834/2011/TO1/CNC1, caratulada “Figuroa, Enrique Valentín s/robo”, reg. 405/2017, de fecha 18 de mayo de 2017, donde precisé los alcances del principio de congruencia como expresión de la garantía de defensa en juicio (art. 18 CN), entiendo que en el *subexamine* no existió afectación alguna al mencionado principio.

Allí, entre otras cosas, expresé que destacada doctrina ha sostenido que el principio de congruencia o correlación, como consecuencia del derecho fundamental de defensa, requiere que la sentencia sólo se deba expedir sobre el hecho y las circunstancias que contiene la acusación, que han sido intimadas al acusado y, por consiguiente, sobre respecto de aquellos elementos de la imputación acerca de los cuales éste ha tenido oportunidad de ser oído. Se “pretende que el fallo no aprecie un hecho distinto al acusado, ni valore circunstancias no introducidas por la acusación” (confr. Maier, J., *Derecho Procesal Penal, T. I. Fundamentos*, Editores del Puerto, 2ª edición, 2ª reimpresión, Bs. As., 2002, p. 569 y sigs.).

Indiqué, asimismo, que, en esa inteligencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en diferentes precedentes, ha sostenido que: “[...] en orden a la justicia represiva, es deber de los magistrados, cualesquiera que fuesen las peticiones de la acusación y la defensa o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, [...] deber que encuentra su



límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia del juicio [...]” (Fallos, 316:2713). Ciertamente, “el principio de congruencia exige que el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva” (confr. Fallos: 315:2969; 319:2959, votos de los doctores Petracchi y Bossert; 321:469; 324:2133, voto del doctor Petracchi). La variación que realice el tribunal en la calificación adoptada por el acusador será conforme al artículo 18 de la Constitución Nacional, a condición de que dicho cambio no haya desbaratado la estrategia defensiva del acusado (Fallos 319:2959; 329:4634; 330:4945); es decir, que la modificación en la calificación no haya sido sorpresiva para la defensa (caso “Delgado”, Fallos 336:714).

Dicho esto, tal como lo adelanté, entiendo, a diferencia de lo expresado en los votos de mis colegas preopinantes, que en el caso no se verifica afectación alguna al principio de congruencia.

La circunstancia de que el fiscal de instrucción haya calificado el hecho materia de debate como constitutivo del delito de “homicidio agravado por haberse cometido con la intención de procurar la impunidad para sí, por no haber podido lograr el fin propuesto al intentar otro delito, en grado de tentativa” (fs. 250/255) y que, luego, en oportunidad de expresar su alegato final, el fiscal general lo subsumiera dentro del tipo de homicidio agravado por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito en grado de tentativa, no implica, vulneración del principio de congruencia.

En efecto, la calificación escogida por el representante de la vindicta pública a fs. 250/255 contiene los dos supuestos previstos en el inciso 7º del art. 80 del ordenamiento de fondo, limitándose a su turno, el fiscal general a adecuar su alegato al supuesto que consideró, en ese momento, adecuado. De lo expuesto, se infiere que no existió una mutación en la base fáctica en la cual se basó la imputación a lo largo





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 74176/2013/TO1/CNC1

de todo el proceso, sino que se trata de una selección de las alternativas explicitadas en el requerimiento de elevación a juicio –el *nomen iuris*– que, no resultó inusitado para la defensa –que las conocía–, no sólo desde la mencionada instancia procesal, sino también desde la declaración indagatoria y el auto de procesamiento.

Siendo ello así, no puede afirmarse que la defensa se encontró impedida de discutir adecuadamente la referida imputación en el marco del debido proceso, y con igualdad de armas, no resultándole esta selección una circunstancia imprevisible y sorpresiva, que la desfavoreciera en la discusión de los elementos de prueba valorados por el tribunal, o que restringiera la posibilidad de ofrecer prueba de descargo.

Al explicar esta cuestión, Julio B. J. Maier indica que “todo aquello que en la sentencia signifique una *sorpresa* para quien se defiende, en el sentido de un dato con trascendencia en ella, sobre el cual el imputado y su defensor no se pudieron expedir (esto es, cuestionarlo y enfrentarlo probatoriamente), lesiona el principio estudiado” (confr. Maier, J., *Derecho Procesal Penal, T. I. Fundamentos*, Editores del Puerto, 2ª edición, 2ª reimpresión, Bs. As., 2002, p. 569 y sigs.).

La congruencia, como límite, procura, evitar la lesión de los derechos fundamentales del imputado, lo que lleva implicado que no debe encontrar en el debate variaciones al marco fáctico, que constituyan sorpresas y le impidan el ejercicio de la defensa, ya que de poco serviría ser oído sobre una acusación o cargo que pueda ser mutada y convertirse en otra diferente.

Esta tesitura ha sido así recibida por la jurisprudencia al afirmarse que “no se vulnera el principio de congruencia por el cambio de calificación efectuado al momento de la sentencia condenatoria si los hechos descriptos en la sentencia se corresponden con los de la acusación y la calificación asignada no significó un acto sorpresivo para quien pudo defenderse eficazmente en el juicio pues lo que



interesa es el acontecimiento histórico imputado como situación de vida ya sucedida que se pone a cargo de alguien, como protagonista, del cual la sentencia no se puede apartar (...) (CNCas.Pen., Sala IV, 2002/08/30, en autos: “Camerano, Osvaldo O. Y otro s/ rec. de casación”, DJ, 2002-3, 1076 – LL, 2003-A, 4).

Sentado lo expuesto, en el caso, la calificación asignada no significó un acto sorpresivo para la defensa de quien pudo defenderse eficazmente en el juicio toda vez que la conocía, como se expresó, no solo desde el requerimiento de elevación a juicio, sino desde que fue indagado.

El hecho de que el fiscal general hubiera optado por una de las dos alternativas del art. 80 inc. 7 que introdujo el fiscal de instrucción, adecuándose finalmente tal selección a la base fáctica que el *a quo* tuvo por probado, tal como consigna el juez Jantus en el punto II de su voto, no vulnera el artículo 18 de la Constitución Nacional, toda vez que no desbarató la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole formular sus descargos, al conocer este la acusación desde un comienzo.

En síntesis, todos los elementos subjetivos del tipo contenidos y exigidos en el delito por el cual fue finalmente acusado por el cual el representante del Ministerio Público Fiscal que actuó durante el juicio oral y público, y condenado luego por el tribunal *a quo*, se encuentran presentes en la pieza que describe y consolida la base fáctica que luego será objeto de debate, esto es, en el requerimiento de elevación a juicio de fs. 250/255.

Por otro lado, y tal como lo afirmó el Procurador Fiscal en la causa "Luna, Javier Alejandro s/causa N° 11.919" S.C.L. 332, L. XLVI., no se alcanza a vislumbrar cuáles fueron las defensas y medios de prueba que le impidió ejercer la adecuación del hecho a la figura penal que el *a qua* consideró aplicable (...). En otras palabras, lo expuesto impide comprender en qué consistió la variación que habría perjudicado la situación del imputado, a pesar de que esta última





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 74176/2013/TO1/CNC1

circunstancia es la que importa y decide la cuestión (conf. Fallos: 242:227 y 456; 310:2094).

II. En lo concerniente al agravio por arbitrariedad en la valoración de la prueba para fundar el aspecto subjetivo del tipo legal seleccionado, tanto del básico como del agravado (arts. 79 y 80 inciso 7 CP), como así también el postulado de inconstitucionalidad del art. 80 inc. 7 del código de fondo, entiendo que los mismos deben ser rechazados.

Debo ahora señalar que la comprobación de la ultraintención requerida en la figura aplicada, ha encontrado suficiente y racional sustento en la valoración armónica y conjunta del material convictivo que a tales efectos fue relevado por el tribunal sentenciante, sin que en dicha operación se verifique la presencia de vicio o defecto alguno que importe una vulneración a las reglas de la sana crítica racional, ni su presencia por cierto es demostrada a través de la argumentación vertida en el recurso objeto de análisis.

Cumple asimismo señalar, que la estructuración del tipo subjetivo de la figura aplicada descansa sobre la consideración del *factum* materia del pronunciamiento y de los elementos de prueba incorporados al proceso, sin que existan motivos que permitan descalificarlo.

Según lo expresado, la acreditación del elemento subjetivo distinto del dolo, previsto en la específica agravante aplicada, ha sido adecuadamente fundada, y traduce un empleo razonado de las facultades de valoración de la prueba recibida durante el juicio.

Ello así, los datos que surgen de la base fáctica tenida por acreditada, resultan suficientes para garantizar la racionalidad del juicio de inferencia de la concurrencia de los elementos subjetivos del delito, que han quedado en consecuencia debidamente demostrados por la prueba producida durante el debate y analizada en el fallo.

En efecto, se encuentra debidamente comprobado, conforme se consigna en el pronunciamiento impugnado, que el damnificado



“vio al encausado y otro hombre tripulando una moto en dos oportunidades. En la primera de ellas le exigió que le entregase el celular, a lo cual se negó. En la segunda fue nuevamente interpelado para que lo entregase, pero ahora portaba un arma y le indicó que tenía dos balas en el cargador, siendo que se mantuvo en su negativa y empezó a correr, [oportunidad en que] le disparó un tiro a la cabeza que no llegó de milagro a un resultado fatal”. Asimismo, conforme surge del requerimiento de elevación a juicio, ante la primera negativa del aquí damnificado, producto del primer encuentro con el imputado, éste último le refirió “Ah sos atrevido, ahora vengo y te voy a matar” (sic), cuestión que desembocó en el disparo realizado a muy corta distancia y dirigido directamente a la cabeza de para matarlo. En consecuencia, es posible afirmar que la resolución de matar nació en por la frustración de no haber logrado el propósito del robo, razón por la cual, conforme lo expuesto, debe rechazarse el primer agravio intentado.

Por último, cabe mencionar, que el tipo del artículo 80, inciso 7º, del Código Penal exige que el autor enlace causal e ideológicamente el homicidio a otro hecho típico con la específica finalidad de preparar, facilitar, consumir, ocultar, asegurar los resultados, procurar la impunidad o por el hecho de no haber logrado el fin propuesto.

Del hecho tenido por probado, se evidencia en la conciencia del encausado, la existencia de la conexión causal, en su aspecto subjetivo, entre el intento homicida y el ilícito contra la propiedad, requerida por la figura aplicada, aspecto subjetivo éste, que fue acreditado debidamente por el sentenciante, sin que las alegaciones defensasistas logren conmovir la razonada decisión del juzgador.

III. Igual suerte adversa correrá la segunda pretensión del impugnante.

Según una reiterada y pacífica doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad de las leyes constituye un acto de suma gravedad institucional, de manera que





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 74176/2013/TO1/CNC1

debe ser considerada como la “*ultima ratio*” del orden jurídico (cfr. Fallos 249:51; 260:153; 264:364; 285:369; 288:325; 301:962; 302:457,1149; entre muchos otros). Además, el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al Poder Judicial le corresponda pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos 313:410; 318:1256).

Por cierto, esta concepción no significa en modo alguno condicionar la tarea judicial a la rectificación de las normas inválidas, sino que instaura la exigencia de que la discordancia entre los principios fundamentales de la Carta Magna y las cláusulas normativas atacadas, ha de ser manifiesta.

Es así como el máximo tribunal nacional también ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Fallos 299:428), y que el principio de razonabilidad debe cuidar especialmente que las normas legales mantengan coherencia con las reglas constitucionales durante el lapso que dure su vigencia en el tiempo, de suerte que su aplicación concreta no resulte contradictoria con lo establecido en la Ley Fundamental (Fallos 302:972, considerando 7°).

En ese orden de ideas, el razonamiento expuesto por los sentenciantes a la hora de tratar el agravio en cuestión se encuentra ajustado a derecho, sin exhibir fisuras lógicas o arbitrariedad alguna que justifique la impetrada declaración de carácter excepcional.

Siendo ello así, queda sellado el rechazo del reclamo en trato, pues el planteo resulta manifiestamente insuficiente, ya que en modo alguno se ha señalado mediante una argumentación atendible, que se haga cargo de los argumentos dados por el *a quo* y los rebata, la concreta afectación de normas de rango constitucional.



Por todo lo expuesto, es que propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación, en todo cuanto fuera materia de agravio, sin costas.

En virtud del acuerdo que antecede, **la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría,**

RESUELVE:

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas en esta instancia, y **EXCLUIR** la aplicación de la agravante contemplada en el inciso 7° del artículo 80 del Código Penal en la calificación de los hechos cometidos en perjuicio de [REDACTED] por los que recayó condena en este proceso, los cuales, en consecuencia, resultan constitutivos de los delitos de tentativa de robo agravado por su comisión con arma de fuego y tentativa de homicidio, en concurso real (arts. 42, 55, 79 y 166, inciso 2°, párrafo 2°, del Código Penal y arts. 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. REMITIR las presentes actuaciones a la oficina de sorteos de la Cámara Federal de Casación Penal a fin de que designe un Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional con otra integración para que determine el monto de pena a imponer a [REDACTED] en función de la nueva calificación legal aplicable al caso y de los demás delitos por los que resultó condenado.

III. RECHAZAR, en lo restante, el recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas (artículo 471, *a contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Se hace constar que el juez Carlos Alberto Mahiques participó de la deliberación llevada a cabo el día fijado para celebrar la audiencia prevista en los arts. 465, último párrafo, y 468 del Código Procesal Penal de la Nación CPP y emitió su decisión en el sentido indicado, pero no suscribe la presente por haberse ordenado su traslado, mediante decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 328/2017, a la Sala II de la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 74176/2013/TO1/CNC1

Cámara Federal de Casación Penal (artículo 399 *in fine* del Código
Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta
instancia, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100), hágase
saber al Tribunal Oral en lo Criminal N° 26 mediante oficio de estilo al
que se agregará copia de la presente y cúmplase la remisión ordenada –
todo ello por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara–,
debiendo el tribunal oral que resulte sorteado notificar personalmente
al imputado.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

MARIO MAGARIÑOS

PABLO JANTUS

Ante mí:



PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CÁMARA

Fecha de firma: 22/06/2017
Firmado por: PABLO JANTUS,
Firmado por: MARIO MAGARIÑOS,
Firmado(ante mi) por: PAOLA DROPULICH, SECRETARIA DE CÁMARA



#21105845#175282011#20170622101402058