



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

SALA V

En la ciudad de La Plata a los 27 días del mes de febrero de dos mil trece, se reúnen en Acuerdo Ordinario, los Señores Jueces de la Sala Quinta del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Jorge Hugo Celesia y Martín Manuel Ordoqui, bajo la presidencia del primero de los nombrados, para resolver el recurso de casación deducido en causa n° **54.987** en favor del imputado **B. R. M.**; y, practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: **ORDOQUI - CELESIA.**

ANTECEDENTES

El Tribunal en lo Criminal n° 5 del departamento judicial Quilmes, con fecha 10 de febrero de 2012, resolvió por mayoría condenar a B. R. M. a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y al pago de las costas del proceso, por resultar autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de arma en concurso ideal con robo en lugar poblado y en banda, en los términos de los artículos 54, 166, inciso 2º, primer párrafo y 167, inciso segundo del Código Penal, hecho cometido en la localidad y partido de Florencio Varela, el día 6 de marzo de 2011, en perjuicio de B. M. y P. P. P. (ver foja 33, punto 2 de la sentencia).

Contra dicho decisorio el señor Defensor Oficial del nombrado, doctor José María Mastronardi, interpuso el recurso de casación obrante a fs. 38/44 del presente legajo.

Que habiendo superado el examen formal, el recurso de casación fue correctamente declarado admisible por el Tribunal de grado conforme surge de fs. 48/49 (art. 456 en relación con el art. 433, tercer párrafo, del CPP).

Que efectuadas las vistas correspondientes, el señor Defensor adjunto ante el Tribunal de Casación Penal manifestó mantener el recurso de casación deducido y presentó el memorial respectivo (fs. 63/68); por su parte, la señora Fiscal adjunto de Casación también hizo uso de la facultad prevista

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

por el último párrafo del art. 458 del ritual, en donde propició el rechazo, en todos sus términos, del recurso de casación interpuesto en favor del imputado (fs. 69/71vta.).

Fijados los antecedentes y hallándose la causa en estado de dictar sentencia, este Tribunal decidió plantear y votar las siguientes:

C U E S T I O N E S

Primera: ¿Corresponde hacer lugar al recurso interpuesto?

Segunda: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la **primera** cuestión planteada, el señor Juez doctor **Ordoqui** dijo:

I. a. El recurrente se agravia en tanto entiende que se ha hecho una errónea valoración de los datos arrimados al proceso con el fin de dar por probado el rol participativo de su defendido.

Explica que el único motivo de reproche, para con R. M., es haber decidido intervenir aportando una expresión que para los Jueces del Tribunal ha sido determinante (“...sacale las zapatillas”). Así, prosigue relatando que su defendido dio sobrados motivos en sendas declaraciones aportadas durante el transcurso de la IPP, pero lo jueces no creyeron en su versión; para ello -continúa explicando la defensa- tomó activa participación y tenía un positivo conocimiento del resultado de su conducta.

Discrepa el recurrente con el criterio sustentado por el Tribunal, pues R. M. explicó que él se acercó al lugar porque vio que los “pibes” ya se estaban poniendo violentos con los “pibitos”, los estaban golpeando buscando más cosas de su interés y él les dijo lo de las zapatillas para que se fueran y no le pegaran más a los chicos.

Dice que se le critica a su pupilo que ese sentimiento altruista podría haberlo puesto en práctica antes para evitar de ese modo el despojo. Pero entonces –agrega- cuando una persona nada hace se le reprocha su acción omisiva y se la considera antisocial, pero cuando una persona dice y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

SALA V

reconoce su actuar, dando los motivos de por qué lo hizo, se lo considera coautor del despojo.

Entiende que los motivos expuestos por su pupilo, deben ser analizados en aquel contexto socio-cultural en el cual se produjeron, argumentando que éste a su vez explicó que luego de consumado el hecho delictivo le recriminó “a los cacos” el hecho de haber robado a pibes del barrio. Sin embargo, añade que jamás se sabrá si existió verdaderamente aquel reproche y si R. M. supo de algún modo que participaba en un hecho delictivo; considera que esto deja un espacio profundo para la duda e invoca el art. 1 del ritual bonaerense.

A partir de estas consideraciones, sostiene que el aporte de R. M. no puede ser valorado como una conducta disvaliosa enmarcada en el rango de coautor.

Considera que no se ha probado que aquella expresión haya sido vertida con el dolo –tanto en su aspecto cognoscitivo como volitivo- exigido por la figura penal; para ello, debió saber las consecuencias de su accionar y, por otro lado, “desear” la realización material del resultado típico, para sí o para otro.

Culmina el análisis haciendo hincapié en que: a) sólo se le reprocha a R. M. la mentada frase; b) las víctimas se encargaron de señalar que F. (el coimputado absuelto) y R. M., si bien venían caminado “con los cacos” previo al hecho, luego continuaron su marcha deteniéndose en la esquina ubicada a 50 metros más adelante; c) que aquellos en ningún momento intentaron huir; d) que quienes se dieron a la fuga resultaron ser quienes se detuvieron, amenazaron y despojaron a las víctimas de sus pertenencias; y, e) que tanto F. como M. les manifestaron al personal policial –al momento de ser aprehendidos- que ellos eran totalmente ajenos al hecho.

Por otro lado introduce otro agravio referido a la significación jurídica atribuida al hecho. Entiende que aquellos golpes realizados por el “caco” sobre la humanidad de la víctima M. con su mano, la cual empuñaba un arma de fuego, resulta ser constitutiva de la violencia propia del robo con arma de fuego acuñada en el art. 166, inc. 2º, último párrafo del C.P., es decir aquella cuya arma no ha sido habida y por ende no ha podido ser peritada a los fines de determinar su aptitud para el disparo. Y esto es así – prosigue diciendo- por cuanto le consultó en el curso del debate al testigo P. P. sobre si el arma en algún momento habría sido utilizada como porra, habiéndose manifestado el testigo por la negativa.

Insiste que, si el arma de fuego siempre fue empuñada, los golpes realizados con esa mano que empuñaba el arma no fue a modo de porra sino que deben ser interpretados como la violencia sobre las personas que exige la figura básica; entiende que esta circunstancia hace que entre en juego el último párrafo del inc. 2º del art. 166 del digesto de fondo.

A manera de epílogo, concluye que R. M. no resulta responsable del hecho delictivo por el que fuera condenado, debido a que no se ha podido probar con la certeza exigida la voluntad (dolo) participativa de aquél. Finalmente, no cree tampoco admisible la adjudicación de la previsión del art. 46 del digesto sustantivo, toda vez que el cómplice secundario también posee una actividad dolosa, y su defendido carece de tal aspecto volitivo.

I. b. Por su parte, el defensor de esta instancia sostiene, en primer término, que la resolución en crisis no se encuentra debidamente motivada conforme a las reglas de la lógica, de las ciencias y de la experiencia.

Alega que, en el caso, el quebrantamiento de tales normas se verifica en el tratamiento que se brindara a las cuestiones relativas a la participación de R. M. en el hecho y a la concurrencia de las agravantes de la pena.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

SALA V

Postula que, para que el caso de que no se acoja el agravio introducido originariamente, se modifique el grado de participación en los términos de la complicidad secundaria (art. 46, C.P.).

Por otro lado, introduce dos nuevos agravios: 1) errónea adecuación típica en la figura contenida en el art. 167, inciso 2º, del CP; y, 2) referente al proceso de individualización de la pena (arts. 40 y 41 del CP), especialmente en lo que respecta a la nocturnidad.

Finalmente, formula diversos argumentos con el objeto de que sean evacuadas la totalidad de las quejas que esgrime en su memorial.

II. Que a partir de la interpretación dada por la Corte Federal al recurso de casación, en resguardo de la garantía contenida en los arts. 8, inc. 2º, ap. h., de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14, inc. 5º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resulta aplicable en nuestro Derecho la teoría de la *Leistungsfähigkeit* consagrada en la doctrina y jurisprudencia alemanas, que impone –al momento de examinar la sentencia recurrida- efectuar el máximo esfuerzo por revisar todo aquello que sea susceptible de ser revisado, es decir que debe agotarse la revisión de lo revisable. De este modo aparece la necesidad de determinar que aquello no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediatez, bajo el recaudo de no magnificar este tipo de cuestiones (por todo, cfr. CSJN, C. 1757. XL, “RECURSO DE HECHO. Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa –causa N° 1681-”, del 20/09/2005, especialmente considerandos 23º, 24º, 25º, 26º, 32º, 33º y 34º del voto de la mayoría).

II.a.1. Como primer agravio la defensa técnica plantea que se ha efectuado una errónea valoración de la prueba con el fin de dar por probado el rol participativo de su asistido, pues considera que el aporte de R. M. no puede ser valorado como una conducta disvaliosa enmarcada en el rango de

coautor. Para ello, se vale del argumento acerca de la falta de certeza en lo que respecta a la prueba del dolo de su asistido, específicamente se refiere al aspecto volitivo (aunque al principio también habla del cognitivo) dado que, como se vio en los párrafos que anteceden, la frase proferida fue –según R. M.- a efectos de que los sujetos que se encontraban efectuando el desapoderamiento ilegítimo se retirasen y no le pegasen más a la víctimas. Afirma desde este mismo ángulo de análisis, que tampoco puede ser adjudicado lo previsto por el artículo 46 del C.P.

A mi juicio, este tramo de la queja debe prosperar sólo parcialmente y en orden a otros motivos no aducidos por el recurrente; ello, por aplicación del art. 435 del C.P.P., en cuanto permite ir más allá del motivo de agravio sin que ello importe un apartamiento del punto de la resolución al que éste se refiere (cfr. voto de mi colega en c. 20.532, del 17 de julio de 2008). Veamos.

El Tribunal tuvo por probado el siguiente hecho: “...el día 6 de marzo de 2011, siendo aproximadamente las 04.00 horas, en circunstancias que B. N. E. M. y P. L. P. se encontraban en la arteria Santa Teresita, frente al numeral ..., entre las calles Lisandro de la Torre y Alta Gracia de Florencio Varela, se apersonaron cuatro sujetos masculinos uno de los cuales, permaneció ajeno al hecho delictivo. Que dos de los sujetos y mediante la exhibición de un arma de fuego, no habida hasta el presente, intimidaron a las víctimas, apuntando en la cabeza a M., exigiendo dinero y golpeando al nombrado en el pecho con el arma que portaban, a modo de porra, apoderándose ilegítimamente de la suma de cincuenta pesos y una campera, propiedad de P.. Posteriormente y a instancias del tercer sujeto, que se encontraba a unos metros del lugar y se acercó hasta donde se encontraban las víctimas, refiriéndole a sus dos compañeros de ilícito que les sustrajeran las zapatillas, los desapoderaron de un par de zapatillas ‘Reebok’ propiedad de M. y un par de zapatillas ‘Adidas’ de P. P., para luego darse a la fuga y



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

SALA V

ser aprehendidos dos de ellos por personal policial debidamente alertado de lo sucedido” (cfr. cuestión primera del veredicto).

Ese tercer sujeto, que se encontraba a unos metros del lugar y que luego se acercó refiriéndoles a los otros dos que les sustrajeran las zapatillas a las víctimas, era precisamente el aquí condenado, es decir, B. R. M. (véase la cuestión segunda del veredicto). Esta circunstancia, vale aclarar, llega firme a esta instancia.

Aquella conducta desplegada por R. M. llevó a los jueces a sostener que éste tuvo una participación activa en el evento y que, por ello, resultaba autor del mismo.

Para comenzar con un panorama claro debo decir que no se trata de un problema de dolo (sobre el que más adelante volveré), sino que hay algo previo: R. M. no tenía en sus manos el curso del acontecer típico y por esa sencilla razón -que a continuación me encargaré de explicar- resulta errada su calificación como autor (técnicamente coautor).

Si uno examina atentamente el fallo, se advierte que el razonamiento de los magistrados se limitó a lo siguiente: R. M. fue el sujeto que les dijo, a los que se encontraban desapoderando a las víctimas con violencia, que les sacaran las zapatillas; luego, R. M. tuvo una participación activa en el evento y sólo por ello resulta ser autor del mismo. Me parece –sin riesgo de incurrir en conclusiones apresuradas- que el criterio empleado por el Tribunal *a quo* guarda una cierta (por no decir completa) analogía con el concepto unitario de autor, según el cual son autores todos los intervinientes de un suceso que aporten una contribución causal a la realización del tipo (debido a la equivalencia de todas las condiciones), con independencia de la importancia que haya tenido la colaboración prestada. Esta concepción, abandonada prácticamente por completo hace varios años, ha recibido acertadas críticas que no valen la pena traerlas a colación; baste decir aquí que ella –y toda

interpretación que esconda un postulado análogo- es incompatible con el derecho positivo argentino, ya por el hecho de que los artículos 45 y 46 del Código Penal se encargan de distinguir entre autores, cooperadores (primarios y secundarios) e instigadores. Es así que lo decisivo no es la intervención directa sino que la cuestión pasa por otro lado.

Tengo dicho que en la coautoría el macroconcepto del dominio del hecho se manifiesta a través de un “dominio funcional”, pues en estos casos cada individuo domina el acontecer global conjuntamente con los demás, es decir, que éstos sólo pueden actuar conjuntamente, teniendo cada uno de ellos en sus manos el destino del hecho global (cfr. para más detalles mi voto en causa 54.738, reg. 27, del 18/12/2012 y la cita allí expuesta).

Dije, también en aquella oportunidad, que “...para que haya coautoría es necesario que exista una división de roles, materializada a través de un acuerdo que puede ser expreso como tácito (o mediante un actuar concluyente), en donde cada interviniente tenga a su cargo la ejecución de una función decisiva para la realización del hecho proyectado (...); de ahí que “...la coautoría presenta dos exigencias, una de carácter subjetivo, la otra de carácter objetivo. Por la primera, los sujetos se vinculan a través de una resolución conjunta, un acuerdo de voluntades donde aquellos pactan libremente la realización del hecho y en donde cada uno asume una función esencial e independiente; de modo que, al decir de Jescheck/Weigend (...), dicha resolución delictiva es la abrazadera que conecta las piezas individuales del todo. Pero con ello sólo no basta, en la medida en que –por lo general- dicho acuerdo también existe entre autor y cómplice, sino que, para calificar a un interviniente como coautor, su aportación al hecho debe representar un requisito de carácter indispensable para la realización del resultado pretendido; de tal manera que sin su contribución la empresa



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

SALA V

criminal fracasa, pues únicamente si coopera 'funciona' el plan" (por todo, mi voto en causa 54.738 cit.).

Sentadas aquellas pautas de carácter general, pasemos directamente al análisis de nuestro caso.

En el suceso intervinieron tres sujetos, dos de ellos desde el inicio efectuando el desapoderamiento con violencia y el restante –R. M.- intervino durante el curso del mismo diciendo que les sacaran las zapatillas. A partir de allí, lo primero que hay que dejar bien en claro es que R. M. no tuvo en ningún momento el dominio funcional del hecho, de ahí que jamás pueda ser calificado de coautor.

En el fallo no se explica ninguno de los requisitos que exige la coautoría, ni se habla de la existencia de un acuerdo conjunto que permita imputar recíprocamente las distintas contribuciones causales, como tampoco se analiza la esencialidad de la función supuestamente asumida por R. M..

Es cierto que, por un lado, podría decirse que el pacto –previo o concomitante- puede inferirse del actuar concluyente dado que los individuos se encontraban en un primer momento juntos; pero, y aquí lo dirimente, aún cuando pasáramos por alto aquello, lo es también el hecho de que resulta ilógico sostener, a partir de un juicio *ex ante* (cfr. los extensos fundamentos que sustentan esta posición dados en causa 54.738 cit.), la trascendencia, autonomía e importancia de la supuesta función asumida por M..

Es claro que hay veces en que, dada la entidad del aporte prestado por el interviniente, no resulta necesario un examen más profundo que el de determinar la contribución específicamente prestada, esto sucede justamente cuando en los delitos de varios actos (como resulta el robo) alguien realiza de propia mano y libremente parte de la acción típica (desapodera o ejerce la violencia, para el caso de nuestro ejemplo). Sin embargo, como la teoría del dominio del hecho no se circunscribe únicamente a estos casos (de ahí una

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

diferencia esencial en los resultados con la teoría formal-objetiva), sino que aquella tiene un margen relativamente más amplio (véase mi voto en causa cit.), es preciso determinar en supuestos como el presente, en donde el aporte “supuestamente asumido” no sea de una naturaleza tal que conlleve una obviedad ínsita la afirmación de su indispensabilidad para el plan criminal ideado, de qué manera –repito desde un punto de vista *ex ante*- la función asumida por el sujeto es autónoma y decisiva para el éxito de la empresa criminal.

De modo que, a partir de todas estas consideraciones, debo decir que, más allá de la deficiencia apuntada y de acuerdo a las circunstancias probadas en el juicio, el aporte de M. no puede revestírsele de aquellas características; pues, por un lado, él no ejerció ninguno de los actos configuradores del tipo y, por el otro, porque su contribución aparece claramente accesoria a la realización del hecho. Pretender sostener lo contrario, es ciertamente ilógico pues, llevado el caso al extremo, aparece la siguiente situación: dos sujetos asumen la función de intimidar, ejercer violencia y desapoderar a las víctimas y el restante (R. M.) tiene adjudicado el “rol” de esperar en la esquina y luego, mientras se desarrollaba el atraco, acercarse e indicarles a sus compinches parte del botín que tenían que sustraer, diciéndoles “sáquenles las zapatillas”.

En definitiva, aquello –a lo sumo- no es más que una cooperación fortuita, no incluida en el plan, e indiferente para el desarrollo del suceso; por ello “[no] es autor en ningún caso aquel cuya intervención en el hecho (...) se limita a jalear o aconsejar. Por intenso que sea su interés en el suceso y por relevante que sea su influencia psíquica, con tal de que los agentes directos sean libres en sus decisiones, lo que hagan depende exclusivamente de ellos, no pudiendo hablarse de coautoría del no ejecutor” (ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, trad. de la 7ma. ed. alemana



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

SALA V

por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 2000, § 27, II, p. 311).

Ahora bien, descartada la autoría (específicamente la coautoría) aparece la pregunta acerca de si, en orden a la conducta que se le imputa, R. M. debe responder jurídico-penalmente; aquí es donde discrepo con la defensa.

Alega el recurrente que su asistido debe ser absuelto porque no se ha probado con la certeza debida su dolo; primero se refiere al aspecto cognitivo y volitivo, mas luego se concentra únicamente sobre este último.

A mi juicio, en lo que al tema del dolo concierne, el análisis efectuado por los jueces de mérito es correcto. La revisión del fallo me impide sostener –en este punto- que el Tribunal haya incurrido en un desconocimiento de las leyes de la lógica, ni en una desviación notoria de los resultados de la prueba o en una omisión esencial en la consideración de las mismas.

Ciertamente las explicaciones brindadas por M. no guardan relación con las circunstancias probadas en el debate. Precisamente porque éste dijo (en oportunidad de ampliar su declaración a tenor del art. 317 del CPP) que lo que hizo fue –resumiendo la idea- al sólo efecto de evitar ulteriores consecuencias más gravosas, mientras que –aquí la contradicción indisoluble- una de las víctimas, P. P. P., declaró “el robo estaba terminando y vino el señor (señalando a R. M.) y dijo que les saquen las zapatillas” (conforme surge de la cuestión segunda del veredicto, específicamente de fs. 22 del presente legajo). De acuerdo a ello, los jueces de mérito no creyeron la versión acercada por el imputado, sino que privilegiaron los dichos de P. P. que –vale decir- fue sometido al control estricto que posibilita la inmediación; y es aquí donde es dable precisar que, cuando de declaraciones testimoniales se habla y de la impresión que éstas generan en los jueces de mérito, estamos en un terreno en donde este Tribunal se ve impedido de

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

ingresar –aunque sí puede controlar el apego estricto a las reglas de la valoración de la prueba- dada la imposibilidad que surge por imperio de la oralidad y por la propia naturaleza de las cosas.

Desde esta perspectiva, a mi juicio, más allá del argumento que exponen los sentenciantes (si R. M. hubiese querido impedir algún mal a las víctimas, bien podría haberlo evitado antes), partiendo de la veracidad del testimonio prestado por P. P. (tal como fue estimada dicha declaración en el fallo; además no hay que soslayar que su versión resulta creíble en tanto en lo demás se condice estrictamente con el relato de la otra víctima), el descargo efectuado por el imputado aparece inconciliable frente a la circunstancia de que el ilícito estaba culminando cuando él apareció en la escena de los hechos y dijo lo que se le imputa y se probó que dijo (repárese en que el defensor, cuando “enfrenta” los dichos de su asistido con los datos objetivos que surgen de los obrados, omite toda consideración frente a aquella circunstancia declarada por P.; véase especialmente fs. 42 *in fine* y 42/vta. del legajo). Por otro lado, el sentido de la frase no parece acompañar la finalidad alegada por R. M.; peor aún si tomamos en cuenta aquella otra, que el propio defensor dijo en el curso de los alegatos que una de las víctimas le adjudicó a su defendido (“me gustan esas zapatillas”; ver acta de debate, específicamente fs. 10 y 10/vta.).

Mientras sigamos manteniendo la idea de dolo como fenómeno psicológico, salvo que exista confesión, debemos recurrir a la prueba indirecta como medio hábil para su correcta acreditación y, desde esta perspectiva, como se ha puesto de relieve existe un indicador objetivo que no puede ser soslayado a estos efectos: el robo estaba terminando –dijo una de las víctimas- y recién ahí apareció el aquí condenado. Ello tiene vital importancia para la resolución de la cuestión debatida, pues la experiencia indica que quien quiere ayudar o evitar ulteriores daños (en el sentido



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

genérico de la palabra) interviene con antelación a la inminente finalización del hecho delictuoso; por el contrario su accionar en el contexto de las circunstancias reseñadas, evidencia claramente su voluntad de contribuir a la realización del injusto típico.

Así las cosas, cabe imputarle objetivamente el hecho principal a la acción de colaboración pues, el comportamiento de R. M., no aminoró el riesgo existente de lesión del bien jurídico, sino que, por el contrario, su contribución fortaleció la resolución delictiva de los autores principales, realizándose el peligro que aquél aporte significó para la lesión del bien jurídico (recuérdese que como dijo una de las víctimas “el robo estaba terminando y vino el señor [R. M.] y dijo que le saquen las zapatillas”). Por lo demás, en lo que respecta a la imputación subjetiva de primer nivel, R. M. sabía que las víctimas estaban siendo desapoderadas ilícitamente por los sujetos que conocía y que se hallaban junto a él en un primer momento (cfr. las cuestiones primera y segunda del veredicto), por ende también que las zapatillas les pertenecían a aquellos y, siendo que el robo estaba terminando, se acercó y fortaleció la voluntad delictiva de los ejecutores al decirles que se las sacaran (cuestión que efectivamente sucedió); así, pues, ha quedado debidamente probado a lo largo del debate el dolo de R. M., tanto en su aspecto intelectual (conocimiento) como volitivo (“querer” [*wollen*], como voluntad de realización de la conducta típica; que no es “desear” [*mochten*], ni tiene que ver con los restantes motivos internos que hayan impulsado al sujeto a realizar su conducta), referido tanto a la propia acción de participación como a la ejecución del hecho principal.

Descartada la objeción de la defensa queda determinar el grado de participación que cabe adjudicarle al comportamiento desplegado por el condenado. Así, tenemos que R. M. efectuó una contribución psíquica o intelectual como guste a cada uno llamarla.

Brevemente, dado que nada se discute al respecto, quiero dejar en claro, al sólo efecto de que mi razonamiento quede cerrado por completo, que R. M. no puede responder como inductor; me interesa esta aclaración porque todo aporte de aquel estilo siempre aparejó dificultades para el deslinde correcto con la complicidad psíquica. En esta inteligencia, debo decir que es pacífica la doctrina que afirma que quien está decidido a cometer el hecho de todos modos (*omnimodo facturus*) ya no puede ser inducido con éxito, sencillamente porque el dolo de tipo ya no puede ser provocado; tal es nuestro caso, atento a que el robo ya estaba siendo ejecutado con anterioridad a la aparición de R. M.. Por supuesto que esta regla admite excepciones, especialmente cuando se determina, a quien ya está decidido, a modificaciones esenciales de su decisión, como cuando se produce un cambio de identidad o una intensificación relevante; sin embargo, nada de ello ha sucedido en el presente pues, a pesar de la intervención de M., el hecho se ha mantenido idéntico en relación a cada cualificación singular del delito y se ha producido igual medida de lesión del bien jurídico protegido, como así tampoco se originó una intensificación punible de manera independiente (por todo, cfr. JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2da. ed. corregida, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, 22/25; WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte General*, 11ª edición / 4ª edición en español, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica Chile, Santiago de Chile, 2011, p. 184). En realidad lo que se extendió fue la medida del daño causado, en relación al objeto de la acción, circunstancia que, obviamente, no constituye una modificación de la decisión ya tomada.

En tales casos la doctrina alemana aprecia una inducción intentada (§ 30, I, *StGB*; regla que sólo es posible aplicar en los *crímenes*) o una



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

complicidad psíquica (o bien el concurso ideal de ambas); empero, para nosotros la cuestión es más sencilla dado que toda participación intentada es atípica en nuestro ordenamiento jurídico-penal (no así, claro está, la participación en la tentativa). De tal manera que nos encontramos en el campo de la complicidad, ya que ésta puede prestarse no sólo mediante una intervención externa, sino que también puede consistir en una ayuda intelectual o en un apoyo psíquico, manifestado -por ejemplo- a través del fortalecimiento de la voluntad criminal. Así bien se ha dicho que “En la complicidad importa, como en toda intervención, las aportaciones psíquicas y físicas que hay que llevar adelante para la realización del tipo. Quien lleva a cabo una de estas aportaciones es (al menos) cómplice. A estos efectos son iguales tanto la causalidad psíquica como la física (...). Entre las aportaciones que han de llevarse a cabo se cuenta sobre todo el mantenimiento del dolo. Así, pues, quien alienta y aconseja al autor por si sufre una crisis en la decisión, es cómplice (por complicidad psíquica), si en la crisis el alentar conduce a la persistencia de la decisión, aun cuando también sea probable que, sin tal aliento, el autor igualmente habría seguido estando decidido; esto último habría sido un curso causal hacia el resultado que habría sido determinado por otras aportaciones. El hecho de que el influjo psíquico haya surtido efecto es, lógicamente, irrenunciable y debe demostrarse en el proceso” (JAKOBS, AT... cit., 22/36).

Ello es lo que ha sucedido en nuestro caso. En efecto, quedó comprobado en el juicio que, cuando el robo ya estaba finalizando, R. M. se acercó y dijo que les sacarán las zapatillas a las víctimas, de modo que éste fortaleció la decisión criminal tomada de antemano y, así, el desapoderamiento persistió, extendiéndose el daño causado, puesto que aquel aporte psíquico hubo de tener efecto a raíz de que los atracadores se apoderaron efectivamente de las zapatillas de ambas víctimas (conforme

surge del testimonio de ambas víctimas analizados en la cuestión primera y segunda del veredicto).

Frente a todo este panorama, resta por determinar si R. M. resulta cómplice primario o secundario; he de adelantar que, a mi juicio, la contribución prestada por éste –dadas las circunstancias específicas del caso concreto- queda abarcada por la expresión “de cualquier otro modo” que trae la ley penal (art. 46, CP). Ergo, R. M. debe responder como cómplice secundario.

Si hay algo que ha complicado desde antaño a la doctrina argentina, es la distinción entre el cómplice primario y el secundario. Podemos decir que cómplice secundario es aquel que presta un auxilio que no es indispensable para la comisión del hecho delictuoso; vendría a ser un concepto negativo, por oposición al cómplice primario.

Claro que, decretar cuándo un determinado aporte prestado es indispensable o no, no es una tarea sencilla de realizar en términos exclusivamente dogmáticos.

Sin embargo, con acierto dijo mi colega, que pese a todo ello pueden fijarse reglas interpretativas que aclaren la cuestión. En primer lugar, “...no cabe adoptar una posición que interprete el aporte requerido como aludiendo al hecho tal cual haya sucedido en concreto, con todas sus circunstancias y detalles; en tanto si así fuera nunca se presentaría el supuesto de complicidad secundaria, desde que la supresión hipotética de la colaboración siempre arrojaría algún grado de modificación respecto del suceso acontecido, y entonces el aporte analizado sería siempre indispensable para que el hecho ocurra tal cual sucedió (conf. S.C.B.A., P. 40.195)”; pero, en segundo lugar, “....tampoco puede interpretarse que deba tratarse de una colaboración cuya ausencia hubiera tornado imposible la realización del delito de cualquier otra manera en que se imaginara su hipotética



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

SALA V

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

producción, por cuanto tal inteligencia excluiría de manera casi total la categoría de la complicidad primaria” (por todo, voto del doctor Celesia en c. 12.690 y sus acumuladas 12.730 y 12.723, reg. 701, del 28/12/2004). En cambio, partiendo de la tesis de Gimbernat, resulta razonable y por demás lógico considerar al hecho como sucedió en la realidad, pero teniendo en cuenta la indispensabilidad del aporte a partir del análisis de la particular importancia del mismo por su relevancia para el plan delictivo -por la dificultad que supondría la escasez del bien, conducta o conocimiento aportado- y siempre restringiendo su consideración a los aspectos fácticos esenciales para la tipicidad de la conducta (cfr., voto de mi colega cit.).

A partir de esta impecable formulación, podemos concluir que la contribución prestada por R. M. lejos está de significar un auxilio sin el cual el hecho “no habría podido cometerse”. Como expresé a lo largo del presente voto, aquél se limitó a efectuar un aporte psíquico, reforzando –en cierta medida- el dolo de los ejecutores, al decirles a aquellos que les sacaran las zapatillas a las víctimas; de tal manera que aquel consejo prestado por R. M. no aparece desde un juicio general, como tampoco desde uno particular, como un bien escaso, puesto que no se trataba de una información que sólo M. conocía, ni de un conocimiento especial, sino que aconsejó la sustracción de un objeto que aparecía claramente a la vista de los ejecutores. Cuánta diferencia existe entre nuestro caso y el gerente de un banco que proporciona la clave de la bóveda –que sólo él conoce- a los atracadores para que se hagan del dinero, es palmariamente apreciable; aparece, con el ejemplo dado, evidenciada la idea de cuándo un aporte psíquico constituye un bien escaso o abundante.

Por lo demás, el propio autor de la “teoría de los bienes escasos”, arriba -en estos casos- a idéntica conclusión que la aquí adoptada (véase GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, 2da.

ed., B de F, Bs. As., 2006, p. 184, punto III, D; teoría que en nuestro país sigue DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte General*, 1er. ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, t. V, ps. 438 y ss.).

De modo que ahora puede ratificarse lo expresado en párrafos anteriores, en el sentido de que la conducta disvaliosa de R. M. ingresa por el carril del art. 46 del C.P.

II.a.2. El segundo agravio de la defensa, en torno a su discrepancia con la calificación jurídica (referida al tipo penal del art. 166, inc. 2º, del C.P.) no tendrá favorable acogida.

El artículo 166, inciso segundo, primera hipótesis agrava el robo en razón del medio empleado, esto es, con armas que no sean de fuego, pues estas últimas están expresamente contempladas en los párrafos segundo y tercero del inciso 2º, incorporados por la ley 25.882 (B.O. 26/04/2004). Es una opinión algo generalizada, en la que por supuesto participo, la que afirma que la expresión “con armas” comprende tanto las armas propias como las impropias; es decir, aquellos instrumentos fabricados ex profeso para el ataque o defensa de las personas y los objetos que adquieren tal carácter por razón de su empleo como medio contundente. Es así que, contrariamente a lo postulado por la defensa, se ha probado debidamente, a partir de los testimonios de B. N. E. M. (“...y sacó un revólver y se lo puso en la cintura y le dijo que le d[é] la plata y el celular. *Le pegaba con el revólver en el pecho, se lo dejó colorado y luego en la Comisaría le dolía*”; véase foja 19, el destacado me pertenece) y P. L. P. P. (“Un sujeto que estaba en bicicleta, sacó un arma, un revólver plateado grande y se acercó a B. y le dijo que le d[é] todo y *le pegaba golpes secos, con el revólver en el pecho a B...*”; véase foja 19/vta., el destacado me pertenece), que el arma de fuego fue utilizada como objeto contundente al impactarlo contra el pecho de una



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

SALA V

de las víctimas, aumentando de esta manera el poder ofensivo del sujeto activo.

Empero, de oficio, cabe recalificar el hecho únicamente en los términos del art. 166, inc. 2º, del C.P. Y ello es así, dado que el tipo agravado previsto por el art. 167, inciso segundo, del mismo cuerpo de leyes (robo en poblado y en banda) exige como uno de sus elementos típicos que la banda esté constituida por tres o más personas, vale decir, tres o más coautores (en este mismo sentido, cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte Especial*, decimoséptima ed. actualizada por Guillermo A. C. Ledesma, AbeledoPerrot, Bs. As., 2008, p. 496; voto de mi colega en causa 20.532, reg. 375 del 17/07/2008; CNCrim. y Correc., en pleno, “Quiroz, Julio A.”, del 04/09/1989, voto de Tozzini *in fine*; entre muchos otros). En el caso, este elemento del tipo objetivo agravado no se da pues, como expuse, R. M. (el tercer sujeto que vendría a completar el número de coautores requerido para formar la “banda” del tipo en cuestión) resultó ser un simple auxiliador secundario.

II.a.3. En consecuencia, en orden a las consideraciones efectuadas en los puntos “II.a.1.” y “II.a.2.”, cabe ahora determinar que B. R. M. debe responder como partícipe secundario penalmente responsable (art. 46, C.P.) del delito de robo con armas (art. 166, inciso segundo, primer párrafo, parte primera, del Código Penal) y, consecuentemente, corresponde adecuar en esta sede la pena impuesta a efectos de evitar extender el plazo de duración del proceso y menoscabar el principio de economía procesal.

Corresponde, entonces, de conformidad con las pautas valoradas en las cuestiones cuarta y quinta del veredicto, seguir el criterio empleado por Tribunal sentenciante de aplicar el mínimo legal, con más razón si recordamos que ahora existe una sola infracción normativa.

En consecuencia, estimo adecuado a la gravedad del injusto y a la medida de la culpabilidad por el acto, reducir la pena impuesta a B. R. M. a tres (3) años y cuatro (4) meses de prisión, accesorias legales y costas por ser partícipe secundario penalmente responsable del delito de robo con armas, en los términos de los artículos 46 y 166, inciso segundo, primer párrafo, parte primera, del Código Penal.

II. b. Finalmente, resta efectuar algunas breves consideraciones en lo que respecta a los nuevos agravios formulados por el defensor de la instancia en el memorial que luce a fs. 63/68 de este legajo.

En este sentido, corresponde declararlo extemporáneo (ciertamente, en orden a las consideraciones efectuadas precedentemente, el nuevo motivo de agravio queda circunscripto únicamente en lo que respecta a la nocturnidad como pauta agravante) de conformidad con lo prescripto por el cuarto párrafo del art. 451 del CPP.

Tiene dicho el Máximo Tribunal de esta provincia que “[e]l último párrafo del apartado cuarto del art. 451 del ritual marca el límite temporal para expresar los motivos de casación: hasta la interposición del recurso. Una vez vencido ese término ‘el recurrente no podrá invocar otros motivos distintos’. Las posteriores ocasiones procesales (...) están contempladas para que la parte complete, con argumentos y citas legales, el planteo originario del recurso, sin que quepa ampliar el espectro del material sobre el cual el Tribunal de Casación debe ejercer su control de legalidad (...). En ese entendimiento, la queja deviene inaudible por extemporánea (doctr. art. 451, tercer párrafo, C.P.P.; conf. P. 78.901, sent. del 7XI2001; P. 75.534, sent. del 21XI2001; P. 77.329, sent. del 10IX2003; P. 81.725, sent. del 16IX2003; P. 83.841, sent. del 9X2003; P. 89.368, sent. del 22XII2004; e.o.)” (SCBA, P. 96.980, de fecha 07 de febrero de 2007).



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

SALA V

Doctrina ésta que fuera reiterada ulteriormente (cf. SCBA, P. 106.497 del 09/11/2011; P. 112.265 del 29/02/2012, véase especialmente esta última donde están las brillantes explicaciones del Máximo Tribunal provincial en torno al alcance de los precedentes de la CJSN *in re* “Casal”, “Martínez Areco” y “Martínez Caballero” y su relación con el art. 451 del ritual bonaerense).

Pretende el defensor su tratamiento en base a los argumentos que desarrolla en el punto IV de su escrito. Más allá de lo apuntado, en rigor de verdad el nuevo motivo postulado en el punto III.2 del memorial (“Motivo de agravio suscitado en el proceso de individualización de la pena –arts. 40 y 41 del C.P.-. Nocturnidad”), no constituye un verdadero agravio en la medida en que dicha circunstancia no le acarrea perjuicio alguno en concreto; ello porque, más allá de la discrepancia en torno a considerar a la nocturnidad como pauta agravante, el Tribunal *a quo* aplicó el mínimo de la escala penal, criterio éste que fue seguido en este voto.

En consecuencia, por lo enteramente razonado voto **parcialmente** por la **afirmativa**.

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

Adhiero al voto del doctor Ordoqui, en igual sentido y por los mismos fundamentos.

Así lo voto.

A la **segunda cuestión** planteada el señor Juez doctor **Ordoqui** dijo:

En razón de todo lo expuesto, he de proponer a mi colega hacer lugar parcialmente al recurso de casación obrante a fs. 38/44 por errónea aplicación del art. 45 y 167, inciso segundo, del Código Penal, recalificar el suceso respecto de B. R. M. como constitutivo de participación secundaria en el robo agravado por el empleo de armas (arts. 46 y 166, inciso segundo, primer párrafo, parte primera, del Código Penal), y consecuentemente,

reducir la pena impuesta al nombrado a tres (3) años y cuatro (4) meses de prisión, accesorias legales y costas; sin costas en la instancia, en orden al resultado parcialmente favorable (art. 531, CPP).

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, el señor Juez doctor **Celesia** dijo:

Adhiero al voto del doctor Ordoqui, en igual sentido y por 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

R E S U E L V E

I. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación obrante a fs. 38/44 por errónea aplicación del art. 45 y 167, inciso segundo, del Código Penal, **recalificar el suceso respecto de B. R. M. como constitutivo de participación secundaria en el robo agravado por el empleo de armas** (arts. 46 y 166, inciso segundo, primer párrafo, parte primera, del Código Penal), y consecuentemente, **reducir la pena impuesta al nombrado a tres (3) años y cuatro (4) meses de prisión, accesorias legales y costas; sin costas en la instancia**, en orden al resultado parcialmente favorable (art. 531, CPP).

II. Téngase presente la reserva del caso federal efectuada por el Defensor de esta sede (art. 14, ley 48).

Arts. 8, n° 2, *h*, de la Convención americana sobre derechos humanos; 14, n° 5, del Pacto internacional de derechos civiles y políticos; 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; 45 *a contrario sensu*, 46, 166, inciso segundo, primer párrafo, parte primera, 167, inciso segundo, *a contrario sensu*, del



PROVINCIA DE BUENOS AIRES

TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL

SALA V

Código Penal; 210, 373, 448, 451, 460, 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FDO.: JORGE HUGO CELESIA – MARTÍN MANUEL ORDOQUI

Ante mi: Virginia Fontanarrosa

USO OFICIAL – JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA