Suprema Corte de Justicia:

I. La Sala V del Tribunal de Casación rechazó el recurso interpuesto contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal N° 1 del Departamento Judicial Mar del Plata, que condenó a Luciano Darío Mora a quince años de prisión, accesorias legales y costas, declarándolo reincidente, por resultar coautor responsable de robo agravado por el uso de arma y por el uso de arma cuya aptitud para el disparo no ha podido acreditarse (v. fs. 59/71).

II. Contra ese pronunciamiento interpone recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley el Defensor Adjunto por ante el Tribunal de Casación (v. fs. 80/94).

a) En primer lugar, entiende que el fallo resulta arbitrario por indebida fundamentación y apartamiento de los precedentes del Superior Tribunal Federal, afectando la defensa en juicio, el derecho a ser oído y el debido proceso legal (artículos 18 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; 8.1 y 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 168 y 171 de la Carta Magna de la provincial).

Sostiene que la decisión del juzgador intermedio

constituyó un tránsito aparente por la instancia de revisión, pues frustró el doble conforme teniendo en cuenta el tratamiento que los sentenciantes dieron a sus pretensiones, relacionadas con la acreditación de los hechos atribuidos a su asistido y la calificación legal impuesta.

En ese sentido, indica que el Tribunal de Casación, en cuanto descartó su agravio vinculado con la doble valoración del empleo del arma como circunstancia agravatoria en los términos del artículo 166 inciso 2 párrafos 1 y 3, no otorgó una respuesta satisfactoria pues a su entender resulta que en ambos supuestos el fundamento de la agravante es el incremento del poder ofensivo e intimidatorio del arma utilizada.

Sostiene que esa defensa planteó la existencia de una relación de consunción entre los agravantes, dado que el empleo del adminículo en forma impropia abarca por su mayor poder ofensivo a la agravante del tercer párrafo de la norma mencionada, pues la misma sólo encuentra fundamento en el poder intimidatorio que produce el arma empleada en los supuestos allí previstos.

Afirma que ese mayor poder ofensivo que abarca la figura básica del robo a nivel de la tipicidad contiene la intimidación que provoca el arma, lo cual fue planteado por esa parte ante el juzgador intermedio, recibiendo una respuesta, a su juicio, arbitraria.

Realiza diversas consideraciones sobre la cuestión como así también a los derechos al doble conforme jurisdiccional y a ser oído, con citas de los fallos "Casal" del Máximo Tribunal nacional y

"Herrera Ulloa vs. Costa Rica" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para luego culminar afirmando que el fallo que cuestiona también violó el derecho a ser oído de sus asistidos.

Finalmente, realiza algunas consideraciones sobre la garantía del *in dubio pro reo*, para luego afirmar que al no mediar la cita legal en materia de concurso de delitos se debe adoptar la postura más beneficiosa en función de dicho principio y, frente a la calificación asignada, ya sea por consideración de concurrencia real o aparente de las figuras, proceder a reducir el monto de pena impuesto.

b) En segundo término, denuncia la arbitraria imposición del máximo de la pena legalmente establecida, mediante una indebida fundamentación y apartamiento de la Corte federal, lo que conlleva la afectación de las garantías de la defensa en juicio, derecho a ser oído y debido proceso legal.

En lo sustancial, insiste con los planteos llevados ante el juzgador intermedio relacionados con la valoración del buen concepto presunto de su asistido como circunstancia atenuante de pena, como así también aquellos vinculados con la desmesurada entidad atribuida a los agravantes que acabó con la imposición del máximo legal de la escala penal para el delito en trato.

Sostiene que dicha situación debe ser una medida extrema, razón por la cual es exigible al menos un razonamiento para fundar tal decisión. Cita el fallo "Castillo" del Máximo Tribunal nacional.

Asimismo, se agravia por cuanto el Tribunal de Casación desechó los embates que llevara a través del memorial previsto en el artículo 458 de la Ley de forma al considerarlos como novedosos. En ese sentido, considera que dicha oportunidad resulta útil para que esa parte cumpla con su función de custodio de las garantías del imputado dentro del proceso, velando que el uso del poder penal del estado no sea arbitrario y por la legitimidad del proceso penal.

III. El tribunal *a quo* concedió el recurso extraordinario interpuesto (fs. 98/99).

IV. Considero que el remedio oportunamente concedido no puede prosperar.

Ello así pues advierto, en lo que respecta al primero de los motivos de agravio traídos, que el tribunal casatorio ha dado una adecuada respuesta a las objeciones que la defensa formulara, en particular en lo que respecta a la calificación legal del hecho y al doble encuadre del mismo en los términos de los párrafos primero y tercero del art. 166 del Código Penal, ajustando su labor revisora a los parámetros que establecen el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su doctrina.

En ese sentido, cabe destacar que el tribunal casatorio, al examinar el fallo dictado por el juzgador de primera instancia, consideró -en relación al tema que nos ocupa- que: *"... entiendo que no existe*

una relación de consunción entre las dos agravantes aplicadas al robo, toda vez que la utilización como arma impropia de la pistola no puede nunca abarcar a la vez su indudable uso intimidatorio, especialmente si reparamos en que sin efectuar ningún disparo los autores del hecho lograron reducir y humillar a seis personas durante un prolongado lapso de 90 minutos, extremo que sólo puede explicarse a partir de la sumisión por intimidación que generó en el numeroso grupo de víctimas la exhibición de un arma de fuego por parte del imputado" (fs. 69 vta./70).

La respuesta al planteo de la parte se funda en una adecuada ponderación de las concretas circunstancias del caso, convalidando la decisión del tribunal de origen sobre el punto, circunstancia que pone a la decisión a salvo de la tacha de arbitrariedad que se le formula.

Cabe agregar a lo expuesto que el tribunal intermedio descartó la existencia de un concurso aparente -por consunción- entre las figuras aplicadas en el caso y recurrió, para fijar la pena, a la escala penal prevista para la más grave de ellas, aplicando en definitiva la solución prevista por el art. 54 del Código Penal para las hipótesis del concurso ideal. En ese contexto, el recurrente no demuestra cuál sería el agravio concreto que le produce la decisión adoptada, ni indica qué beneficio podría reputarle la adopción de la solución que propicia, toda vez que en nada se modificarían la gravedad concreta del injusto ni la escala penal aplicable si se estableciera la existencia de un concurso aparente en el que la figura del primer párrafo del art. 166 inc. 2 del Código Penal desplazara a la del párrafo tercero del mismo

dispositivo.

Teniendo en cuenta todo ello, se pone en evidencia que la decisión del tribunal revisor cuenta con la debida fundamentación exigida constitucionalmente, a lo que agrego que el apelante no alcanza a evidenciar la afectación de los derechos supralegales que denuncia, pues a mi modo de ver el tribunal intermedio al rechazar el agravio -como lo hizo- se pronunció aplicando el derecho vigente a las concretas circunstancias del caso.

El análisis efectuado vislumbra, entonces, que el juzgador se ajustó a los parámetros que se deben tener en cuenta para garantizar plenamente al acusado el derecho de revisión de la sentencia por parte de un tribunal superior al que la dictó (artículos 75 inciso 22 de la Constitución de la Nación, 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En razón de lo dicho, cabe expresar que el planteo de la defensa, al afirmar que el tribunal intermedio incurrió en arbitrariedad por indebida fundamentación de su fallo, solo espeja una opinión personal discordante con la del sentenciante, mas no patentiza que éste haya incurrido en vicios lógicos o en irrazonabilidad evidente (conf. artículo 495 del Código Procesal Penal).

Finalmente, y en cuanto al planteo vinculado con la aplicación del *in dubio pro reo*, debo destacar que el reclamo aparece completamente desconectado de las circunstancias del caso, incluso de la línea

argumental ensayada por la defensa al interponer el recurso de casación y al fundar el presente recurso extraordinario, circunstancias que imponen su rechazo.

El segundo de los motivos de agravio articulados por el recurrente tampoco puede ser atendido.

También en este caso pretende la defensa encauzar su reclamo a través de la doctrina de la arbitrariedad, sin tener en cuenta que la sentencia arbitraria no es aquella que contenga un error o equivocación cualquiera (Fallos 308:2263; 314:1404; 318:892) sino, la que padece de omisiones y desaciertos de gravedad extrema, que la descalifican como pronunciamiento judicial válido (Fallos 294:376; 308:641; 310:1707; 314:1404 y 1888; 315:449; 318:495; 324:1721). De ahí que el recurso extraordinario por arbitrariedad reviste carácter excepcional y no tiene por objeto abrir una tercera instancia ordinaria donde puedan discutirse decisiones que se estimen equivocadas (Fallos 295:420 y 618; 302:1564; 304:375 y 267; 306:94; 262 y 391; 307:1037 y 1368; 308:641 y 2263; 310:676 y 2277; 315:575; 320:1546; 323:2879 y 3139) como, en definitiva, pretende el recurrente en autos.

En efecto, contrariamente a lo propiciado por la Defensa oficial, la determinación de la sanción punitiva fue revisada de acuerdo a los parámetros de una revisión amplia siendo las afirmaciones del recurrente dogmáticas y desconectadas con datos verificables de la causa, resultando ello un método ineficaz para conmover en modo alguno lo decidido

(arg. art. 495 del Código Procesal Penal).

En este sentido, ha expresado esa Suprema Corte que: *"[r]esulta insuficiente el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que la defensa cuestiona la amplitud de la revisión por parte del a quo sobre los agravios planteados -en particular, referidos a la determinación de la pena- si no señala cuáles serían los aspectos del fallo que habrían sido excluidos del control. Sus argumentos referidos a la ilegitimidad de las restricciones recursivas se muestran totalmente desvinculados de las circunstancias concretas del caso, ya que de ellos no se advierten desarrollos autónomos que demuestren que el tribunal intermedio haya afectado el derecho al recurso, sino que en rigor se disconformó del contenido de lo resuelto"* (P. 109.476, sent. de 22/8/2012).

Amén de ello, corresponde formular dos consideraciones puntuales.

La primera de ellas referida a la desconsideración del "buen concepto presunto" como atenuante, descartando el planteo de la defensa en ese sentido, pues ningún argumento atendible, al margen de su personal disconformidad, trae el recurrente para demostrar que la asignación de un valor neutro, en los términos de los arts. 40 y 41 del Código Penal, a una circunstancia que no se encuentra probada en modo alguno, pueda importar una arbitrariedad del juzgador.

La otra referida a la genérica denuncia de arbitrariedad que se formula, con cita del precedente "Castillo" de la Corte

Suprema de Justicia, pues allí es patente la falta de toda referencia a las expresas consideraciones vertidas en la sentencia atacada para convalidar la aplicación de una pena coincidente con el tope máximo de la escala penal aplicable al caso.

En efecto, las puntuales circunstancias del caso que ameritaban una decisión de ese tenor y que daban cuenta de la particular gravedad del hecho cometido, fueron expresamente consignadas por el revisor (v. fs. 64/69 vta.) y han sido eludidas por el recurrente en su presentación, limitándose a formular consideraciones dogmáticas y a invocar un precedente en el que la falta de explicación de la selección de un monto de pena determinado dio lugar a una decisión que no puede ser aplicada en autos, donde esa explicación expresa consta en la sentencia atacada y no ha sido adecuadamente refutada por el impugnante.

Puede afirmarse, entonces, que la confirmación del monto de pena operada en la instancia intermedia contó con una fundamentación expresa y que, en definitiva, alegando falta de fundamentación la parte no hace otra cosa que poner en evidencia su criterio divergente con la incidencia que las circunstancias meritadas por el Tribunal revisor tuvieron sobre el *quantum* de la pena, lo cual no implica ni significa violación legal alguna (P. 43.015, sent. de 25/2/1992; P. 55.688, sent. de 31/10/1995; P. 64.969, sent. de 12/3/2003; P. 77.983, sent. de 11/6/2003; P. 110.876, sent. de 19/9/2012).

Finalmente, y en cuanto al agravio relacionado

con el no tratamiento por parte del juzgador intermedio de los embates llevados a través del memorial presentado en los términos del art. 458 del C.P.P., resulta claro que lo resuelto se corresponde con el criterio de ese Superior Tribunal, con arreglo al último párrafo del apartado cuarto del artículo 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 (como las previstas en el artículo 458 de la Ley de forma -audiencia de informes o la presentación de memorial-) 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 (conf. causas P. 120.035, sent. de 19/8/15; P. 119.459, sent. de 21/10/2015, entre muchas otras).

Asimismo, es doctrina asentada de esa Suprema Corte de Justicia que: "[l]os artículos 451 y 458 del CPP establecen el cumplimiento de mínimos requisitos para el ejercicio del derecho a la revisión del fallo condenatorio por un tribunal superior (art. 8.2.h, CADH), y en ello no se advierte irrazonabilidad alguna, máxime cuando no se ha demostrado que tales previsiones pudieran eventualmente conducir a su frustración. De allí que el argumento sobre la supuesta vulneración al derecho a recurrir que le asiste al imputado con el alcance emergente de la doctrina del caso 'Casal', no permite sortear el cumplimiento de los referidos recaudos procesales. Al

contrario, es preciso el adecuado sometimiento de las cuestiones cuya revisión se pretende por parte del órgano casatorio para que opere en plenitud aquel derecho" (P. 108.963, sent. de 15/6/2011).

Por lo demás, ello debe armonizarse con lo resuelto en la causa "Delfino, Martín Fernando y otros s/ lesiones graves en agresión -causa 57.038/04" D. 1624. XLI- en cuanto, remitiéndose al dictamen del Procurador Fiscal, el Superior Tribunal precisó el tema al señalar que la doctrina del precedente "Casal" no exime de cumplir con el recaudo relativo al momento en que deben interponerse los agravios, tornándolo aún más exigible, "pues mal puede afirmarse un menoscabo al derecho de obtener una revisión de la condena en relación a un aspecto que la misma parte no sometió al examen del tribunal de instancia superior" (v. CSJN, causa cit., sent. de 1/4/2008). Este criterio fue ratificado por el Superior Tribunal de la Nación en el caso "Godoy, Gustavo Ezequiel y otro s/ causa nro. 1499/1514" sent. de 22/12/2008, oportunidad en la que al hacer suyos los argumentos del Procurador General, estimó que "...[si] bien el derecho de una persona a obtener una revisión de su sentencia por un tribunal superior es innegable, el deber [...] de agotar el esfuerzo por revisar todo aquello que resulte motivo de agravio, queda enmarcado dentro de las exigencias formales que resultan insoslayables y cuya omisión impide el tratamiento de determinadas cuestiones, como ocurre con la introducción tardía de nuevos agravios".

Considero, por lo expuesto, que corresponde rechazar la queja también en este punto.

V. Por todo lo expuesto, entiendo que esa Suprema Corte debería rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la defensa de Luciano Darío Mora.

La Plata, 24 de octubre de 2017.-

Julio M. Conte-Grand
Procurador General