



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

En la ciudad de La Plata, sede del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Jueces integrantes de la Sala Segunda, doctora María Florencia Budiño y doctor Fernando Luis María Mancini, para resolver en la presente causa **101.456** caratulada “**CARLI, MAURICIO DAVID S/ RECURSO DE CASACIÓN**”. Practicado el sorteo de ley, resultó que en la votación debe observarse el orden **BUDIÑO – MANCINI**.

ANTECEDENTES

El Tribunal en lo Criminal nro. 3 del Departamento Judicial Lomas de Zamora, por medio de un juicio por jurados, en causa nro. 5176/2018 de ese registro (IPP 07-00-53472-17), condenó a **Mauricio David Carli** a la pena de dieciocho años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, como autor penalmente responsable del delito de robo con homicidio resultante agravado por el uso de arma de fuego.

Contra dicha medida interpuso recurso de casación el Defensor particular doctor Daniel R. Trava.

Encontrándose la causa en estado de pronunciar sentencia, el Tribunal decidió plantear y votar la siguiente

CUESTION

Primera: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

VOTACIÓN

A la **primera cuestión** planteada, la doctora **Budiño**, dijo:

I. El recurso de la defensa obra a fojas 14/17.

I.1 El Defensor reseñó antecedentes de la causa y explicó que la parte acusadora postuló la condena de Carli por el delito de homicidio agravado *criminis causae*, en concurso ideal con robo calificado por el empleo de arma de fuego. Por su parte, la Defensa construyó su teoría del

caso en base al art. 165 del C.P, es decir homicidio en ocasión robo, opción esta última por la que optó el jurado en forma unánime.

Luego, al realizarse la audiencia de cesura de juicio, la Fiscalía y el Particular Damnificado solicitaron se aplique la pena de 19 años y 6 meses de prisión en orden al delito de homicidio en ocasión de robo agravado por el uso de arma de fuego, todo ello en los términos de los arts. 40, 41, 41 bis y 165 del C.P.

Sin perjuicio de la oposición de la Defensa, el Tribunal aplicó dicha agravante y condenó a Carli a la pena 18 años y 6 meses de prisión en orden al delito de robo con homicidio resultante agravado por el uso de arma de fuego.

I.2 El Defensor destacó que, en el presente caso, el jurado no solo fue el juez de los hechos, sino también del derecho, puesto que tuvieron que elegir entre varias figuras penales, optando en definitiva por la de homicidio en ocasión de robo, respecto de la cual la parte acusadora en ningún momento pidió que fuera agravada por la utilización de un arma de fuego, pues se inclinaba por una calificación mas gravosa.

Estimó que una vez cerrados los alegatos, la Fiscalía y la Particular Damnificada no podían luego postular otra calificación que la que habían solicitado.

Resaltó que en ninguna de las instrucciones dadas al jurado se le indicó la agravante del art. 41 bis del C.P, siendo su aplicación posterior, contraria al espíritu del juicio por jurado y violatoria de mandas constitucionales.

El Defensor transcribió su postura dada en la audiencia de cesura de juicio, en la cual se opuso a que se pondere la condena anterior de Carli pues sería ponderar *"un delito de autor o delito del enemigo"*, como también a que se agravase el homicidio *"por el empleo de arma porque está implícito dentro de la norma que establece el homicidio en ocasión de robo, se debe tener en cuenta la posición del jurado al momento de dictar*

su veredicto, ha entendido la postura de la defensa y que Carli, le produce la muerte a Castro, al momento de repeler una agresión”.

Conforme ello, el Defensor consideró que la pena aplicada resultaba desproporcionada, solicitando se reduzca la misma al mínimo de 10 años de prisión conforme lo establecido por el art. 165 C.P.

Hizo reserva de caso federal.

II. A fojas 35/36 obra la presentación del Fiscal Adjunto ante esta instancia revisora, doctor Jorge Armando Roldán, quien analizó que entre las diversas hipótesis entre las que podía elegir el jurado, finalmente se decidió por la de homicidio en ocasión de robo, el que no estaba agravado por el empleo de arma de fuego.

Destacó que la cesura de juicio es un juicio ulterior independiente para tratar agravantes y atenuantes.

En el caso, si bien se trata de una agravante genérica incorporada en la parte general del C.P, la misma no era una pauta mensurativa de pena, pues ingresaba al nivel típico de cada uno de los delitos.

Conforme ello, consideró que era una cuestión que *“debe ser decidida por el jurado y ser probada más allá de toda duda razonable por la Fiscalía, corresponde al jurado determinar mediante la prueba rendida en el juicio su el delito se cometió mediante el empleo de armas de fuego, conforme a las instrucciones impartidas, la prueba producida y las estipulaciones acordadas por las partes. En virtud de lo reseñado, es que la agravante contemplada en el art. 41 bis del CP debe ser descartada”.*

III. Se hará lugar al recurso.

III.1 En respuesta al único planteo defensorista, en cuanto a que la pauta severizante prevista por el art. 41 bis del CP fue erróneamente aplicada, pues para agravar el homicidio en ocasión de robo por el uso de un arma de fuego, esa circunstancia debió haber sido incluida como hipótesis dentro de las instrucciones finales dadas al jurado para emitir su veredicto, adelanto desde ya que tendrá favorable acogida.

Liminarmente, considero necesario reseñar brevemente cuáles son, conforme el diseño constitucional, las funciones del jurado y cuáles las del juez profesional o técnico, las que se podrían resumir explicando que *“según reza el apotegma, es un juicio con dos jueces distintos: el juez profesional –que es el juez del derecho- y el juez lego –que es el juez de los hechos—. Es una clase de juicio público que se desarrolla en el marco de una colaboración entre estos dos actores que son muy diferentes. El juez conoce el derecho por su profesión. El jurado es un actor lego en leyes que necesita y debe ser informado sobre ellas”* (Ledesma, Ángela; El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional. Alberto M. Binder y Andrés Harfuch. Ad Hoc, 2016, tomo b, página 135).

Conforme ese esquema general, el jurado se ocupa de la fijación de los hechos, es decir cuestiones materiales o fácticas, de allí que se expide dictando un veredicto de culpabilidad o no culpabilidad, terminado en ese tramo su intervención.

De manera complementaria, el juez técnico fija la pena aplicable al caso concreto por medio de un juicio de cesura, con la obvia participación de las partes, que pueden postular agravantes y atenuantes, las cuales serán receptadas o rechazadas por el juez en la sentencia de manera fundada.

En cuanto al objeto del veredicto del jurado, el mismo se circunscribe a las instrucciones dadas por el juez, que brindan diferentes opciones entre las que debe decidir conforme a la convicción formada a partir de la prueba producida en el debate.

La trascendencia de las instrucciones, hace que las mismas sean litigadas y acordadas en una audiencia privada entre las partes y el juez, para que, a partir de ellas, sean los ciudadanos los que definan los hechos y dicten un veredicto de culpabilidad o no culpabilidad.

La verdad jurídica, cuya determinación es la función constitucional del jurado, puede no estar en el extremo máximo que postula la acusación,

ni en la absolución que solicita la defensa, sino en una posición intermedia, en la que se tuvieron por probados algunos extremos de la acusación, pero no otros. No es el juicio una apuesta a todo o nada entre las partes (el delito más grave o la absolución), pues ello impediría al jurado cumplir con su función de determinar la verdad fáctica.

De allí que se permita en las instrucciones plantear diferentes opciones al jurado, que habitualmente van desde los delitos más graves a delitos menos severos, tal lo acontecido en la presente causa, en la que se pusieron en consideración del jurado distintos moldes legales, en uno de los cuales deberían encastrar los hechos que el jurado entendió acreditados en el debate, mas allá de toda duda razonable y en base a la prueba rendida frente a ellos.

Sobre el veredicto del jurado, Nicolás Schiavo explica que *“la materialidad del hecho obviamente no se restringe a la mera constatación binaria, sino que está delimitada por el contenido de la imputación, como por las ampliaciones o recortes propuestos por la defensa, y que como tales se expresan a través de las instrucciones. De este modo al jurado le corresponde contestar por la existencia del hecho en los mismos términos que deben responder por un acontecer fáctico del que se extrae de una causal de justificación o inimputabilidad, o incluso la posibilidad de imputar la conducta a título de dolo, o como un elemento que agrava el juicio posterior de reproche (por ejemplo, ¿Estaba el policía en ejercicio de sus funciones cuando fue víctima del homicidio?) o que lo atenúa (por ejemplo, ¿Existía una circunstancia extraordinaria de atenuación?)”*. (Schiavo, Nicolás. Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires Análisis doctrinal y jurisprudencia, Hammurabi, 2015, tomo 2, página 418).

En tal contexto, la decisión del jurado sobre los hechos influye en la decisión sobre la calificación legal. Por ello es que el juez profesional instruye al jurado sobre los delitos en cuestión. Así, al emitir el veredicto, es

el jurado quien define los hechos y su calificación entre las opciones contenidas en las instrucciones.

De tal modo, la calificación jurídica es producto de la tarea realizada por el juez –que instruye al jurado sobre los delitos en cuestión previo litigio de partes- y el jurado al decidir su veredicto y elegir entre las opciones que el juez proveyó y con esa información completar el formulario emitiendo su veredicto.

Entonces no es función del juez profesional establecer los hechos, sino que dicha tarea está a cargo del jurado, que los determina en base a la ley. Harfuch lo resume explicando que *“desde hace por lo menos siete siglos, el veredicto del jurado es una combinación de tres pasos: a) el jurado valora la prueba del juicio; b) el jurado determina los hechos del caso y c) el jurado le aplica a los hechos el derecho de fondo explicado por el juez en sus instrucciones [...] el jurado también decide el derecho aplicable al caso en su veredicto. Solo que esta operación la lleva a cabo **mediatizada por las instrucciones del juez**. El jurado no conoce el derecho, debido a su carácter lego y popular. Lo conoce y lo recibe, precisamente, por intermedio de las instrucciones del juez. Las instrucciones que el juez le imparte al jurado durante todo el juicio, pero particularmente al final de él, son por ello en un 90% jurídicas [...] Son instrucciones exclusivamente sobre el derecho aplicable, ya que el jurado debe **siempre** decidir por cuál delito responderá el acusado en caso de que lo hallen culpable”* (el destacado es original).

En este diagrama de división de funciones entre el jurado y el juez técnico, la utilización de un arma de fuego por parte de Carli para cometer el homicidio en ocasión de robo y sus consecuencias agravatorias, era un extremo no solo que debía ser probado en el debate, sino que, además, debió estar incluido en una de las opciones de tipos penales dadas al jurado en las instrucciones finales previas a la deliberación.

En este contexto, podemos pensar que si el jurado debe adivinar en que supuestos de hecho debe aplicar o no la pauta agravante contenida en

el art. 41 bis carecerían de sentido las instrucciones finales y la exigencia de que sean legos los ciudadanos que son jurados desvirtuando así todo el sistema, lo importante es tener presente que es el jurado quien debe resolver sobre los hechos determinantes que influyen de manera decisiva en la calificación legal (*special determination* en la tradición del Common law), pues lo contrario rompería con la división de roles reseñada.

Así, en el caso, la utilización de un arma de fuego en los términos del art. 41 bis CP, era una cuestión de hecho con consecuencias jurídicas trascendentes, por lo cual su determinación debía quedar bajo la órbita de decisión del jurado. Huelga aclarar la importancia de la cuestión, desde que su resolución podía causar que la escala penal se incrementase un tercio en su mínimo y en su máximo, tal lo normado por el citado art. 41 bis del código de fondo.

Al respecto, considero que permite ilustrar sobre la cuestión, las reglas establecidas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en los fallos “Apprendi vs New Jersey” (2000) y ratificada en el fallo “Blakely vs. Washington” (2004), al considerar que todo hecho –que no sea un hecho establecido por una condena anterior- que tenga como consecuencia determinar el máximo de pena por un delito, debe ser: 1) incluido en un requerimiento acusatorio, 2) sometido al jurado y 3) probado más allá de toda duda razonable (El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional. Alberto M. Binder y Andrés Harfuch. Ad Hoc, 2016, tomo b, página 375 y ss.).

En esa línea, cabe destacar que *“las circunstancias agravantes que aumentan la escala penal de cualquier delito, tales como los contenidos en los arts. 41 bis, quater, quinqués –usar armas de fuego, menores para delinquir, aterrorizar a la población, etc.- son cuestiones de hecho y prueba que deben ser intimadas por el acusador en su requerimiento, llevadas a juicio público y determinados por un jurados más allá de duda razonable. Solo allí el juez técnico obtiene autoridad y permiso político del jurado para*

imponerlas en la pena. Lo mismo puede decirse de las múltiples circunstancias que agravan los delitos básicos y los convierten en calificados (robo, hurto, homicidio, estrago, incendio, explosión, privación ilegal de la libertad, torturas, etc.). Por ejemplo, a título meramente ejemplificativo: es el jurado el encargado de determinar más allá de duda razonable, la condición de policía al momento del hecho del autor o víctima y las circunstancias extraordinarias de atenuación en el delito de homicidio; la condición de víctima mujer, guardador o curador en los delitos de privación ilegal de la libertad o contra la integridad sexual o, al igual que ‘Apprendi’, si el autor actuó movido por odio racial, deportivo o religioso” (Roldán Vázquez, Pedro, El juicio por jurados en la jurisprudencia nacional e internacional. Alberto M. Binder y Andrés Harfuch. Ad Hoc, 2016, tomo b, página 421 y ss.).

Corresponde ahora analizar lo resuelto en la causa.

El magistrado al momento de instruir al jurado, con *“relación al derecho aplicable”*, le hizo saber que debían decidir entre las siguientes hipótesis: 1) *“homicidio criminis causa”* para lo cual debían tener por probado el homicidio y también un robo simple o un robo con arma de fuego; 2) *“homicidio con motivo o en ocasión de robo”* (sin ninguna circunstancia agravante); 3) *“homicidio simple por el uso de arma de fuego”*; 4) *“homicidio simple”*. Asimismo se les instruyó que para el caso de decidir por la hipótesis 3) o 4) se debía *“emitir veredicto por el delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, con independencia del resultado obtenido en las dos hipótesis anteriores. En este caso, deberán evaluar si el acusado es culpable del delito menor de robo agravado por el empleo de arma de fuego... En caso de no llegar a un veredicto de culpabilidad en la cuestión anterior, deberá evaluar si el acusado es culpable del delito menor de robo simple –sin el arma de fuego–”*.

Como vemos, algunas de las hipótesis preveían la utilización del arma de fuego y otras no, siendo claro que dicha cuestión fue puesta bajo la órbita de la decisión del veredicto que debía emitir el jurado popular,

solución que aparece adecuada, pues al no haber sido estipulada por las partes, quedó excluida de ser considerada por el jurado al momento de emitir su veredicto.

Asimismo, es necesario reiterar que al instruirse al jurado sobre la hipótesis de homicidio con motivo o en ocasión de robo, no se introdujo ninguna precisión sobre la utilización de un arma de fuego para cometer el homicidio, no ya como hecho que debe ser probado sino como molde legal aplicable a los hechos.

En el punto, dicen las instrucciones *“Por homicidio con motivo o en ocasión de robo, debo hacerles saber que el homicidio, el cual ya fue explicado, se agrava como consecuencia directa de la violencia empleada en el robo, violencia que produjo la muerte de la víctima. Por consecuencia directa se debe entender que es posible que la acción desplegada en el robo, sea apta para causar ese resultado muerte, la que puede resultar previsible para el autor pero no ha sido considerado ni querido dentro de sus planes. De otro modo, la diferencia entre el homicidio criminis causa y el homicidio con motivo o en ocasión de robo, es que en este último caso, el homicidio no ha sido el medio para cometer el robo, sino la consecuencia de los actos realizados por el ladrón en el robo. Para tener por probado el homicidio con motivo o en ocasión de robo, deben verificar la existencia de los siguientes cuatro (4) elementos: Que Héctor Hugo Castro murió. Que Mauricio David Carli cometió un robo. 3) (sic) Que con motivo u ocasión de ese robo cometido por Carli, resultó la muerte de Castro. 4) (sic) Que esa muerte haya sido consecuencia del robo; sin haber sido planeada por el acusado al momento de robar”*.

En tal contexto, entre todas las alternativas analizadas, el jurado por unanimidad resolvió que Carli era culpable de homicidio con motivo u ocasión de ese robo, sin la agravante de la utilización de un arma de fuego, claro está, desde que no fueron instruidos de esa opción.

Que la cuestión que debía ser resuelta por el jurado, además guarda relación con la lógica interna de las instrucciones dadas en la presente causa, pues si la utilización de un arma de fuego por parte de Carli hubiera sido una cuestión que no debía ser resuelta por el jurado, no se entendería porqué se le plantearon como hipótesis el homicidio agravado por el uso de un arma de fuego u homicidio simple, o, por otro lado, el robo agravado por la utilización por arma de fuego o robo simple.

Debo agregar que, en la posterior audiencia de cesura de juicio, la utilización de un arma de fuego no fue planteada como una hipotética referencia a “los medios empleados” en los términos del art. 40 y 41 del C.P, sino que fue solicitada por la Fiscalía y la Particular Damnificada como *“la agravante genérica del art. 41 bis del Código Penal”*.

En consonancia con ello, y al hacer lugar al pedido de la acusación, el sentenciante explicó que *“en relación a la aplicación del artículo 41 bis., sosteniendo por las Dras. Dimundo y Friol, testado por el Sr. Trava, el artículo 165 del Código Penal dice si ocurriere un homicidio en un robo y los disparos se produjeron por un enfrentamiento posterior al acometimiento, no hay causal de justificación, ni la podría haber, voto por la afirmativa”*.

Como vemos, la incorporación de la agravante de la utilización de un arma de fuego no se encuentra fundamentada y ha sido agregada por fuera de lo resuelto por el jurado invadiendo de este modo la esfera de competencia propia del jurado.

En definitiva, compartiendo la solución propuesta por el recurrente a la cual adhiere la Fiscalía de Casación Penal, en el presente caso y de acuerdo a los considerandos que anteceden, estimo pertinente que los hechos deben ser calificados en los términos del art. 165 del C.P, obliterándose la agravante del art. 41 bis del C.P.

Por fuera de ello, me permito hacer una breve reflexión en el entendimiento de que no existe mayor garantía para el ciudadano que el apego irrestricto de los gobernantes a la Constitución, no solo porque de

eso se trata de ser una República, sino porque es el mismo pueblo quien allí se expresa.

Todo acto de gobierno requiere de un tránsito indemne por nuestra ley suprema para ser pleno y justo, pero en materia de justicia penal, el asunto adquiere otra dimensión, así de simple.

Es en esta arena, donde el Estado se encuentra habilitado para la aplicación del poder punitivo y, por ende, y dado el altísimo poder vulnerante del mismo, donde deben redoblarse los esfuerzos para su aplicación más racional posible.

Es por ello que el juicio por jurados constituye la herramienta constitucional para llevar a cabo la tarea y es indispensable que no se avance un milímetro sobre su soberanía como Juez natural. Debemos estar muy atentos a las fisuras por donde se puedan colar resabios de poder no delgado. Hay muchas maneras de fulminar un modelo y una de ellas son las prácticas. Dicho esto, cierro mi voto en este punto que fue abordado desde esta lógica, que no es más ni menos que la mirada constitucional de la división de poderes en la administración de la justicia penal.

III. 2 Conforme todo lo hasta aquí expuesto, propongo al acuerdo CASAR el fallo, obliterar la agravante prevista en el artículo 41 bis C.P, y REENVIAR la presente a la sede anterior para que se renueve el juicio de cesura y se fije la pena de conformidad con los parámetros sentados en este pronunciamiento

Sin costas en la instancia. Rigen los artículos 18 C.N; 5, 12, 29, 40, 41, 45 y 165 del C.P y 342 bis, 371 bis, ter y quater, 372, 448, 448 bis, 450, 454, 530, 531 y ccdtes. del C.P.P.).

Así lo voto.

A la **misma cuestión** planteada, el doctor **Mancini** dijo:

Adhiero por sus fundamentos al voto de la Dra. Budiño, con lo cual brindo la mayoría exigible para este pronunciamiento.

Ya por fuera de ello es preciso puntualizar que las características particulares del caso permiten esta solución ya que en lo fáctico el detalle sobre el empleo de un arma de fuego no aparece resuelto como integrante de la violencia o la intimidación, al menos en la opción escogida por el jurado, con lo cual, si de otro modo fuera, sería insalvable la vulneración del art. 371 bis, segundo párrafo, del CPP, ya que el jurado es jurado de los hechos y no del derecho.

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 de Casación Penal

R E S U E L V E

CASAR el fallo dictado por el Tribunal en lo Criminal nro.3, **OBLITERAR** la agravante prevista en el artículo 41 bis C.P, y **REENVIAR** la presente a la sede anterior para que se renueve el juicio de cesura y se fije la pena de conformidad con los parámetros sentados en este pronunciamiento. Sin costas en la instancia. Rigen los artículos 18 C.N; 5, 12, 29, 40, 41, 45 y 165 del C.P y 342 bis, 371 bis, ter y quater, 372, 448, 448 bis, 450, 454, 530, 531 y ccdtes. del C.P.P.).

NÚMERO ÚNICO: PP 07-00-53472-17.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Crg