

Reg. n° 22.985

///la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 6 días del mes de febrero de 2014, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por la doctora Ana María Figueroa como Presidenta y los doctores Juan Carlos Gemignani y Luis María Cabral como Vocales, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos a fs. 736/744; 745/747 y 749/756 por las defensas de Victoria Kelly, Daniel H. Ferrari y Nicolás A. Carmona, respectivamente, en esta causa N° 15.630, caratulada: "Ferrari, Daniel H. y otros s/recurso de casación", de cuyas constancias RESULTA:

1°) Que a fs. 700/719 vta. el Tribunal Oral en lo Criminal n° 13 de esta Ciudad resolvió, en cuanto aquí interesa: **I-** Condenar a VICTORIA KELLY como coautora penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de armas de fuego en grado de tentativa (HECHO "A"), a la pena de tres años y cuatro meses de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12. 39 inc. 3°, 42, 45 y 166 inc. 2° del C.P. y 530 y 531 del C.P.P.N.); **III-** Condenar a NICOLÁS ALFREDO CARMONA como coautor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por el uso de armas de fuego en grado de tentativa (HECHO "A"), en concurso ideal con portación de arma de fuego de uso civil condicional sin la debida autorización legal (HECHO "B"), en concurso ideal con encubrimiento agravado por haber sido cometido con ánimo de lucro (HECHO "D"), a la pena de tres años y diez meses de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29 inc. 3°, 42, 45, 54, 166 inc. 2°, 189

bis, apartado 2º, tercero y cuarto párrafo, 277 inc. 3º, apartado "b", en función del inciso 1º, apartado "c" de la misma norma legal); y **IV-** Condenar a DANIEL HORACIO FERRARI como coautor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por haber sido mediante el uso de armas de fuego en grado de tentativa (HECHO "A"), en concurso ideal con portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal (HECHO "B"), en concurso ideal con encubrimiento agravado por haber sido cometido con ánimo de lucro (HECHO "C"), a la pena de tres años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29 inc. 3º, 42, 45, 54, 166 inc. 2º, 189 bis, apartado 2º, tercero y cuarto párrafo, 277 inc. 3º, apartado "b", en función del inciso 1º, apartado "c" de la misma norma legal).

Contra esta decisión, interpusieron recurso de casación las defensas de los tres imputados. Fueron concedidos los correspondientes a Victoria Kelly y Nicolás Alfredo Carmona (fs. 757/760 vta.) y mantenidos en esta instancia a fs. 777 y 778, respectivamente. Respecto del incoado en favor de Daniel Horacio Ferrari, fue declarado inadmisibile (fs. 757/760 vta.), lo que motivó la presentación directa de fs. 786/787, a la que esta Sala hizo lugar a fs. 793.

2º) Recurso de la defensa de Victoria Kelly: sostiene que se han lesionado las reglas de participación criminal (arts. 45 y ss. Del C.P.) en tanto se atribuye a su asistida el carácter de coautora cuando debió haberlo sido como partícipe secundaria; y que el pronunciamiento ca-

Reg. n° 22.985

rece de motivación suficiente, lo que lo torna nulo por violación de los arts. 123, 398 y 399 del C.P.P.N.. Finalmente, se agravia de la pena impuesta a su ahijada procesal.

Recurso de la asistencia técnica de Daniel Horacio Ferrari: Afirma que se ha incurrido en una incorrecta aplicación del art. 41 del C.P y se agravia respecto del monto de la pena impuesta por carecer de la debida fundamentación.

Recurso de la defensa de Nicolás Alfredo Carmona: Entiende que no han sido correctamente interpretadas las disposiciones de los arts. 40 y 41 del C.P. a los fines de graduar la sanción a imponer, se agravia de la pena impuesta a su ahijado procesal y considera que la valoración realizada resulta contradictoria en su fundamentación, tornando en este aspecto inmotivada la resolución y, en consecuencia, nula.

3°) Que, superada la etapa prevista en el artículo 468 del Código Procesal Penal de la Nación, el Tribunal pasó a deliberar (art. 469 del C.P.P.N.).

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Juan Carlos Gemignani y, en segundo y tercer lugar, los doctores Luis María Cabral y Ana María Figueroa, respectivamente.

El señor juez doctor Juan Carlos Gemignani dijo:

I-El tribunal tuvo por acreditado, en

función de que la materialidad del suceso no fue controvertida por ninguna de las partes y de la confesión de Ferrari y Carmona, que el día 23 de diciembre de 2010, aproximadamente a las 11:30 horas, mientras Carlos Alberto Torre se encontraba lavando su vehículo con la puerta abierta del garaje de su casa, los imputados pasaron a bordo del vehículo Ford Ka, dominio CSY 674 y al advertir la situación de vulnerabilidad de aquél, ingresaron al garaje y lo amedrentaron mediante la exhibición de las armas de fuego que portaban; que Ferrari ostentaba, sin la debida autorización legal, una pistola semiautomática Bersa, modelo Firestorm de doble acción, calibre 9 mm., con número de serie 804000, la cual contenía nueve municiones, propiedad de Ricardo Javier Ocampo, a quien le había sido sustraída a mediados de diciembre de 2008; y que Carmona utilizó una pistola semiautomática Eibar, modelo Star FR Sport de simple acción, calibre 22LR, número de serie 938570, la cual contenía un cartucho en la recámara y ocho municiones en su interior, propiedad de Oscar José González a quien le fuera sustraída el 21 de diciembre de 2010.

Que luego que Ferrari golpeará a Torre en su cabeza con la culata de la pistola y le propinara una patada en el pecho, lo trasladaron al interior del inmueble, exigiéndole la entrega del dinero; que el damnificado les indicó que toda la plata se encontraba en la biblioteca, de donde tomaron la suma de cuatrocientos pesos, un billete de un dólar y otro importe que rondaba entre los trescientos y cuatrocientos pesos que encontraron en el cajón de un escri-

torio; que a continuación le exigieron la entrega de alhajas, por lo que Torre los guió hasta el dormitorio que da a la puerta trasera de la finca, trayecto en el cual la víctima recibió un nuevo golpe en la cabeza; que Victoria Kelly le sacó el celular y le exigió la entrega de un bolso para guardar los elementos sustraídos; y que la víctima fue encerrada en aquella habitación, pudo escapar por la ventana del dormitorio y saltar hacia la casa de un vecino desde donde avisó a la policía, que logró la detención de los imputados en el interior de la finca, con el botín y las armas utilizadas, en su poder.

Para así resolver, el a quo tuvo en cuenta, en primer lugar, el testimonio del damnificado, quien explicó la actividad que desarrolló cada uno de los imputados. Así, mencionó que Ferrari fue quien le pegó cuando entraron, lo pateó cuando estaba en el piso y lo volvió a hacer cuando estaban en el sector de la biblioteca y en el interior del dormitorio. Describió que estaba nervioso y agresivo y agregó que tenía un arma en la mano con la cual lo apuntó en la cabeza. Respecto de Carmona precisó que estaba también nervioso y lo empujaba dentro de la casa, que tenía un arma con la que lo apuntó en la cabeza y fue quien dijo que se encerrase en la habitación, hechos que fueron reconocidos por ambos imputados. Finalmente explicó que Kelly ingresó al garaje junto con los dos anteriores y le recomendó que les hiciera caso, refiriéndole "viste las cosas que están pasando últimamente", que le sustrajo el celular y le pidió el bolso para llevarse

los elementos habidos.

En segundo lugar, consideró la confesión de Carmona y de Ferrari que permitió reconstruir lo acontecido en el interior de la vivienda y que corrobora los dichos de la víctima, quien no estuvo presente mientras los nombrados declaraban.

En tercer lugar, los dichos del testigo Miguel Ángel Casullo, cuya versión resultó relevante para conocer lo ocurrido con posterioridad a que Torre escapara de su vivienda.

En cuarto lugar, las declaraciones del Ayudante Ojeda y del Agente Burgueño -quienes procedieron a la detención de los imputados-, del Sargento Primero Bajinay -quien detuvo a Carmona que pretendía fugarse haciéndose pasar por el damnificado-, del Sargento Gómez que detuvo a Kelly -quien se encontraba oculta en la vivienda, detrás de la puerta de ingreso a una sala de estar lindera al baño, quien descartó el celular y una navaja con mango metálico-, y del Cabo Banhero que secuestró el vehículo en el que los imputados se habían trasladado, dentro del cual se encontró el documento nacional de identidad de Kelly y un celular.

En quinto lugar, los testimonios de Peraver -quien se refirió al buen concepto que le merecía Kelly, quien realizaba tareas laborales en la Fundación Emanuel y a la que la unía un conocimiento familiar desde hacía ocho meses-, y de Fabián Hirigoyen -quien manifestó que el día del hecho pensaba ir con la nombrada a la pileta de Parque Norte pero como

no le respondió el celular, se fue sin ella-.

Completó el cuadro probatorio el informe pericial de fs. 780 que da cuenta que las armas utilizadas resultaron aptas e idóneas para el disparo; las actas de fs. 8 y 9; las declaraciones de fs. 12 y 13 de los testigos Zanzottera y Demattei; el acta de secuestro del vehículo y su contenido (fs. 77); las actas de detención de fs. 5/7; los informes de fs. 55, 125 y 134 que dan cuenta que los imputados se encontraban lúcidos, orientados y coherentes; el informe del Cuerpo Médico Forense en relación a Victoria Kelly que determinó que no presentaba signo-sintomatología de enfermedad mental enajenante y/o que implique pérdida de autonomía psíquica (fs. 616/620); el informe psicológico de la nombrada del que surge que presenta inestabilidad afectiva, dificultad en el control de los impulsos e ideas paranoides y persecutorias, lo que concuerda con un diagnóstico de trastorno de la personalidad que altera la conformación de su identidad (fs. 615) y del que se desprende su normalidad jurídica, la que no fue discutida por la defensa; las fotografías de las armas (fs. 81/95) y sus respectivas denuncias de sustracción (fs. 276/277 y 375); el informe que acredita las lesiones sufridas por Torre como consecuencia de los golpes recibidos (fs. 266); las fotos del vehículo, de los efectos que se encontraban en su interior, las fotocopias de su documentación (fs. 127/131; 126 y 132, respectivamente); y las vistas fotográficas de fs. 44/47; 58/67 y 68/75.

El tribunal calificó la conducta de los

encausados como constitutiva del delito de robo agravado por su comisión con armas de fuego en grado de tentativa (arts. 42, 45 y 166, inc. 2º, primer párrafo, del C.P.) y consideró que el uso de las armas quedó acreditado con la prueba analizada, lo que aumentó su poder vulnerante sobre la víctima; y que a ello se agregaba la intervención de tres personas en la empresa criminal y los golpes que le propinaron al damnificado durante el suceso.

Respecto de Nicolás Alfredo Carmona, expresó que se encontraba acreditado que llevaba consigo la pistola marca Bersa calibre 9 mm. Secuestrada, que la esgrimió y apuntó a Torre con ella; que se trata de un arma de fuego de uso civil condicional que la portaba sin la debida autorización legal (art. 189 bis, apartado 2º, tercer y cuarto párrafo del C.P.), por lo que se le suma el delito de encubrimiento con ánimo de lucro ante la proveniencia ilícita del arma, agravante que resulta adecuada ante la utilización que de la misma hiciera, suficiente para tener por acreditado el ánimo de lucro, figuras que concurren idealmente pues se trata de una unidad de acto (art. 54 del C.P.).

En cuanto a Daniel Horacio Ferrari, el a quo refirió que su situación era similar al del anterior, con la única distinción dada por la condición del arma que portaba y esgrimió sin autorización legal, pues se trataba de una de uso civil, adecuándose el caso a la figura del art. 189 bis, apartado 2º, párrafos 3º y 4º del C.P., en atención a que la proveniencia ilícita del arma y su uso, acreditaban el

ánimo de lucro.

En respuesta al planteo de la defensa en torno al grado de intervención que le cupo Kelly en el hecho, el a quo consideró acreditado que Kelly ingresó a la vivienda junto con Carmona y Ferrari, sin que ninguno apareciera, a los ojos de la víctima como la voz de mando o de liderazgo; que la nombrada le refirió a Torre "...hacéle caso,...fijáte las cosas que están pasando últimamente...", expresiones que no aparecen como un consejo compasivo, sino como una manifestación de contenido intimidante tendiente a obtener la obediencia y sumisión del sujeto pasivo; que fue ella quien sustrajo de su propia mano el celular que Torre tenía, lo que constituye un claro acto de desapoderamiento y finalmente le pidió un bolso para poder llevarse los efectos habidos; que todos estos actos evidencian el codominio del hecho, manejó su parte del curso causal, pudo desistir y no lo hizo y su accionar se dirigió a la obtención del resultado final buscado; que mientras el abordaje y las frases intimidatorias fueron efectuadas por los tres consortes de causa, la sustracción del teléfono y la obtención del bolso fue realizada y dirigida exclusivamente por aquélla, con un claro dominio de la situación; que, en definitiva, el hecho le fue propio, no intervino como colaboradora o cómplice, existía un dominio compartido con los otros dos imputados, cada uno realizó actos distintos -pegarle a la víctima, sacarle el dinero, el celular, trasladarlo a otra habitación, amenazarlo-, actos que forman parte del codominio del suceso.

A ello se suma que Carmona y Ferrari expresaron que los tres participaron en la decisión y en la ejecución del hecho de manera conjunta, expresiones que resultaron coincidentes con el protagonismo que Torre les otorgó a los tres; que los nombrados no descartaron en Kelly ninguna responsabilidad, sino que reconocieron y explicaron que ella conocía, quería y compartía el desarrollo del hecho y la presencia de las armas de fuego que ellos portaban; y que no se requiere que ese codominio del hecho, traducido en la atribución de distintas funciones provenga de un plan común estructurado con anterioridad, sino que ese acuerdo puede ser tácito y haberse desarrollado inmediatamente o durante el desarrollo del suceso, el que se manifiesta en la falta de comunicación entre los intervinientes durante el hecho.

En función de lo expuesto, los magistrados concluyeron en que la intervención de Victoria Kelly lo era en carácter de coautora y no de partícipe necesaria como lo pretendía su defensa.

Para graduar la sanción a imponer -el mínimo de la escala penal aplicable-, tuvieron en cuenta, en su favor, la carencia de antecedentes, que tenía diecinueve años al momento del hecho, que se encontraba al amparo de su familia de origen que demostró preocupación por su situación -tal como se evidenció en la audiencia con la asistencia de sus padres y hermana-; que realizaba tareas en una fundación de ayuda comunitaria a la que asisten económicamente sus padres, su historial de consumo de estupefacientes y sus dificultades

para alejarse de ello.

II- Sentado cuanto antecede, corresponde ingresar en el tratamiento de los agravios introducidos por las defensas de los imputados.

II.a. Agravios planteados por la defensa de Victoria Kelly:

Insiste en que el tribunal ha erróneamente considerado a su asistida como coautora del ilícito y no como partícipe del mismo, en función del informe psicológico de fs. 615 del que surge que "puede hablar de su rol social, pero la evaluación muestra su pregunta sobre ser mujer y sobre las relaciones en general, esto la lleva a someterse a demandas de los otros que pueden resultar inapropiadas"; que sólo podría haber liderado el grupo si ella hubiera impartido órdenes a Carmona y a Ferrari y ellos hubiesen actuado por sus directivas, lo que no ocurrió en el caso; que, para que su aporte sea típico de coautoría debe ser de tal magnitud que sin él no fuera posible la empresa criminal; que la contribución de Kelly al suceso no constituía un hecho de importancia esencial pues el ilícito se hubiera podido llevar a cabo sin su presencia, máxime cuando no era necesario un bolso para llevarse lo que intentaban sustraer; y que la afirmación respecto a que pudo desistir resultaba inadmisibles pues si ella hubiera podido evitar con su conducta la consumación, se estaría ante un caso de coautoría.

En definitiva, concluye en que el tribunal aplicó erróneamente las reglas de la participación crimi-

nal pues el art. 45 del C.P. define como autores a quienes toman parte en la ejecución del hecho, es decir, a quien tiene el dominio del suceso, que ha de corresponder a cualquiera que pueda, al arbitrio de su voluntad, detener, dejar continuar o interrumpir la realización del resultado global; que para ser autor es necesario que el sujeto realice una contribución importante al hecho, la realización de una tarea parcial y central, que no se da en este caso pues ella no presta un aporte al hecho, sino a sus coautores, es decir, que se trata de una participación pues subordina su voluntad a la de aquéllos a quienes les pertenece el hecho y actúa en su servicio.

Finalmente señala que la afirmación de la sentencia en cuanto a que todos fueron señores del hecho resulta caprichosa y no se condice con las constancias del expediente; y que el defecto de fundamentación transforma al auto impugnado en una mera declaración dogmática y lo descalifica como pronunciamiento judicial válido.

Por otra parte expresa que el aporte de Kelly no ha resultado necesario para la empresa delictiva pues no ha incrementado el riesgo no permitido generado por quienes mantuvieron en todo momento las riendas del ilícito; y que su conducta significaba casi un apoyo psicológico al hecho, más que actos de asistencia en concreto para el desarrollo de la empresa criminal, por lo que su participación debe ser considerada como secundaria (art. 46 del C.P.), debiéndose reducir en consecuencia la pena fijada a su respec-

to.

Por último, entiende que existe una muy escasa distancia entre las penas que los tres imputados recibieron que no se condice con el sentido de justicia, pues su ahijada procesal, a diferencia de los otros dos, no portaba armas y no ejerció ningún acto de violencia contra la víctima.

Respecto al presente agravio, es dable señalar que los arts. 45 y 46 del Código Penal son dispositivos que permiten alcanzar punitivamente ciertos comportamientos y regulan tres formas de participación, la primaria y la inducción (art. 45) y la secundaria (art. 46).

En cuanto aquí interesa, se ha dicho que "La participación primaria consiste, según el aludido art. 45, en prestar 'al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse'"; que "La participación secundaria, en cambio, tiene una regulación autónoma en el art. 46 de ese texto legal, que se configura cuando 'los que cooperen de cualquier otro modo a la ejecución del hecho y los que presten una ayuda posterior cumpliendo promesas anteriores al mismo', en cuyo caso la pena prevista para el delito debe ser disminuída 'de un tercio a la mitad'"; y que en estos casos la participación se refiere "a un auxilio o cooperación en lo injusto cometido por el autor o autores" (Aboso, Gustavo Eduardo "Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia, Bs. As., febrero 2012, Ed. Bdef, págs.. 321/322),

Sentado cuanto antecede, la cuestión a dilucidar en el presente caso consiste en determinar si la imputada Kelly ha compartido funcionalmente con otro u otros el dominio del hecho, es decir, si ha existido una división de tareas, de acuerdo a un plan común, entre los intervinientes, si ha prestado un aporte objetivo al suceso y si ha tenido o no el dominio del hecho, o si por el contrario, sólo se ha limitado a prestar un auxilio o cooperación respecto del hecho cometido por el o los autores.

De lo expuesto, se colige que la participación primaria consiste en prestar un aporte necesario para la comisión del hecho por parte de su autor; que sus elementos característicos son la accesoriedad y la necesidad del aporte para la realización del delito por parte del autor; y que la responsabilidad penal deriva de su propio accionar y se lo castiga en función de su aporte al hecho principal.

Por el contrario, la figura del partícipe secundario (art. 46 del C.P.) se define como la intervención de manera no esencial o indispensable en la realización del hecho cometido por el autor y se manifiesta durante la propia ejecución del hecho o bien de manera posterior -una vez consumado-, en virtud de una promesa anterior.

En general, la doctrina estima que la necesidad de la participación debe ajustarse al caso concreto y teniendo en cuenta el modo de ejecución del delito, pues resulta muchas veces difícil valorar cuándo una contribución al hecho del autor carece de la nota de necesidad para la

comisión del delito.

En este punto debe atenderse al caso concreto y fijarse de qué manera se desarrolló el hecho. En otros casos, dependerá no del aporte objetivo al hecho, sino de la calidad o cualidad del partícipe, por ejemplo, no puede valorarse de la misma forma el aporte que realiza una persona avezada en materia delictiva que otra que carece de dicha experiencia o su intervención en el conjunto deja de ser decisiva para la comisión final del delito. En este terreno la doctrina nacional ofrece una multiplicidad de soluciones que pasan por atender a la necesidad o no del aporte" (Aboso, Gustavo Eduardo, op. Cit, págs.. 327/328).

Por otra parte, la eficiencia del aporte es lo que debe ser considerado, de suerte tal que sin él, el autor hubiera tenido que valerse del auxilio o cooperación de otras personas o hubiese necesitado esperar otra oportunidad u otras circunstancias (cfr. Núñez, Ricardo, "Tratado de Derecho Penal", T.II, Parte General, p. 292)

En el particular caso de autos, y de acuerdo a lo *ut supra* reseñado, si bien es cierto que la imputada ingresó al inmueble de la víctima junto con sus consortes de causa y cooperó en la ejecución del hecho, lo cierto es que no se advierte que su intervención haya sido indispensable para que se desarrollara como en concreto aconteció, es decir, que su aporte haya resultado esencial o necesario, tal como lo como lo califica la doctrina.

Del análisis de las constancias de la

causa surge que Kelly sólo ha prestado una cooperación en la ejecución del hecho, y que su intervención -a diferencia de sus consortes de causa- ha sido mínima.

A mayor abundamiento, es dable señalar que del informe psicológico de fs. 615 surge que la joven se presenta con fallas en la conceptualización, con cierto deterioro en la percepción, integración y análisis lógico; que a pesar de mostrar un deseo de entrar en la vida adulta, presenta un análisis de la realidad precario; que la evaluación muestra su pregunta sobre ser mujer y sobre las relaciones en general que la lleva a someterse a demandas de los otros que pueden resultar inapropiadas; y que presenta inestabilidad afectiva, dificultad en el control de los impulsos e ideas paranoides y persecutorias, lo que concuerda con un diagnóstico de trastorno de la personalidad que altera la conformación de su identidad.

A ellas se agregan las del informe psiquiátrico de fs. 616/620, del que surge que Kelly ha estado en asistencia psicoterapéutica ambulatoria a partir de los diecisiete años por su consumo tóxico; que desde los trece a los diecisiete años ha consumido marihuana y desde los dieciséis cocaína; que por momentos abandonaba el consumo aunque tuvo recaídas; que en la esfera volitiva se observa proclividad toxicofílica e impulsividad, contenida en la actualidad; y que su personalidad desde el ángulo clínico presenta rasgos de inestabilidad emocional, dificultad para aceptar límites y dependencia afectiva.

Reg. n° 22.985

Conforme lo expuesto, las particulares circunstancias de la causa me persuaden de que su accionar en el hecho debe ser calificado como participación secundaria.

Atento a que la imputada, ha comparecido personalmente a la audiencia dispuesta a los fines del art. 465 del C.P.P.N., tiénese por cumplida la audiencia de visu dispuesta por el art. 41, inc. 2° in fine del C.P..

En definitiva, teniendo en cuenta las mismas pautas mensurativas expuestas por el a quo -su carencia de antecedentes, su edad al momento del hecho y que su familia la ha acompañado en todo su proceso y la contiene-, y la buena impresión causada por la imputada, considero que la pena debe ser la de tres años de prisión en suspenso y costas, debiéndosele imponer por igual término la obligación de someterse al cuidado de un Patronato de Liberados y realizar un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación relativo a su adicción a los estupefacientes.

En consecuencia, voto por: I- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Victoria Kelly, revocar el punto dispositivo I del pronunciamiento recurrido y condenar a la nombrada como partícipe secundaria del delito de robo agravado por el uso de armas de fuego en grado de tentativa, a la pena de tres años de prisión en suspenso y costas (arts. 40, 41, 42, 46, 166 inc. 2° del C.P. y arts. 470, 530 y 531 del C.P.P.N.); y II- Imponerle por igual término la obligación de someterse al cuidado de un Patronato

de Liberados y realizar un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación relativo a su adicción a los estupefacientes (arts. 27 bis inciso 1° del Código Penal de la Nación y 16 de la ley 23.737).

II.b. Agravios de la defensa de Ferrari:

Cuestiona el monto de la pena impuesta a su asistido por entender que carece de fundamentación y que se ha vulnerado el art. 41 del C.P., pues el a quo ha evaluado las circunstancias agravantes sin hacer mención a las pautas subjetivas que fueran mencionadas en el alegato -carencia de antecedentes, la edad, la adecuación a los reglamentos carcelarios, derivados de sus estudios terciarios cursados en la unidad donde se encuentra alojado, el estado de desesperación y la confesión-, lo que convierte en arbitrario el pronunciamiento recurrido.

II.c. Agravios de la defensa de Carmona:

Refiere que no han sido correctamente interpretadas las pautas de los arts. 40 y 41 del C.P. a los fines de graduar la pena a imponer; que el a quo se ha apartado del mínimo legal previsto para el delito sin tener en cuenta la ausencia de antecedentes de su pupilo, el accionar que desplegara en la ejecución del hecho y la conducta asumida con posterioridad al mismo y durante el debate; y que la valoración que se realiza a fin de fijar la sanción resulta contradictoria en su fundamentación, limitándose a señalar la gravedad del hecho, tornando al pronunciamiento en inmotivado y nulo (art. 404 inc. 2° y art. 123 del C.P.P.N.).

Reg. n° 22.985

Agrega que su asistido confesó el hecho dando cuenta de los motivos que lo llevaron a delinquir y de su inmenso arrepentimiento, razón por la cual se solicitó la aplicación de la pena mínima, que carecía de antecedentes y de que los elementos colectados no surgía agresión alguna de su parte a la víctima, circunstancias que el tribunal omitió tener en consideración; que a Ferrari -quien sí registra un antecedente condenatorio y cuya actuación en el hecho resulta distinta a aquél-, se le impuso una pena menor a la de su ahijado procesal, sin haberse realizado una valoración no ajustada a derecho, lo que torna arbitrario el pronunciamiento recurrido; que el incremento de pena respecto de la impuesta a Ferrari, al no existir precisión alguna, radica en la portación del arma de uso civil condicional, lo que violenta el principio de igualdad, ya que se agrava doblemente la pena -que ya viene siendo incrementada por la mayor pena que posee la portación del arma de uso civil condicional-, no existiendo circunstancia alguna que amerite apartarse del mínimo legal.

En definitiva, concluye en que el decisorio ha pasado por alto efectuar la correcta valoración, conforme los elementos con que contaba, tomando aisladamente distintas circunstancias y omitiendo relacionarlas y que se ha efectuado una errónea aplicación e interpretación de las disposiciones de los arts. 40 y 41 del C.P. a fin de mensurar la pena a imponer, violentando las reglas de la lógica la experiencia y el sentido común.

III- En razón de brevedad y a fin de evitar repeticiones innecesarias, los agravios expuestos por las defensas de Ferrari y de Carmona serán tratados en forma conjunta, dada la similitud de la actuación de ambos en los hechos.

A mi juicio el pronunciamiento recurrido ha elegido y aplicado la pena con una motivación que, aunque si bien pudo llegar a ser más explícita en su desarrollo, no por ello puede ser considerada como inmotivada o carente de fundamentación (arts. 123 y 404, inc. 2º, del C.P.P.N.); y que lo que las defensas intentan es controvertir el criterio expuesto sin demostrar la ilogicidad invocada, ni tampoco la supuesta lesión constitucional que la decisión les causa a sus asistidos.

Se observa así que al cuestionar la motivación del pronunciamiento atacado, intentan hacer valer su personal criterio acerca de cómo debieron ser interpretadas las pautas establecidas en los arts. 40 y 41 del C.P. y valorada la participación de sus pupilos, cuestiones que resultan ajenas a la vía intentada, en tanto no se advierte causal alguna de arbitrariedad ni lesión constitucional alguna.

En definitiva, considero que se ha llegado a la extensión temporal de las penas dentro de los límites de lo razonable sin menoscabo de principios de jerarquía superior -arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y art. 5 inc. 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-.

Reg. n° 22.985

En efecto, para graduar la sanción a imponer, los magistrados tuvieron en cuenta que el hecho probado resultaba grave; que tres personas ingresaron en una vivienda en la que había un sujeto que se encontraba en una actitud desatenta lavando su vehículo en el garaje, oportunidad que fue tomada por los imputados; la superioridad numérica; la violencia física innecesaria que ejercieron sobre su víctima, la utilización de dos armas de fuego y el aprovechamiento de la superioridad física de Carmona y Ferrari respecto de su víctima, evidenciada durante la audiencia.

Así, consideraron que la magnitud del injusto era mayor que respecto de Kelly, en atención a la portación y encubrimiento de las armas de fuego, que en el caso de Ferrari era de uso civil condicional.

Teniendo en cuenta estos aspectos y que el mínimo legal es de tres años y cuatro meses de prisión, los magistrados concluyeron en que no parecía adecuado apartarse de la pena requerida por el Fiscal General -para Ferrari la de tres años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas y para Carmona la de tres años y diez meses de prisión, accesorias legales y costas-.

En consecuencia, entiendo que a su respecto, la sentencia luce los fundamentos jurídicos mínimos, necesarios y suficientes, que impiden su descalificación como acto jurisdiccional válido (Fallos: 293:294; 299:226; 300:92; 301:449; 303:888, entre muchísimos otros); y que al apreciar los hechos y el plexo probatorio reunido, los magistrados

aplicaron las reglas de la experiencia, del sentido común y la razón, lo que denota un adecuado razonamiento deductivo-inductivo a partir de la prueba.

En definitiva, concluyo en que resulta acertada tanto la adecuación típica del evento por la que Carmona y Ferrari deben responder en calidad de coautores, como la penalidad impuesta, pues la evaluación realizada revela una inobjetable ligazón racional con las conclusiones alcanzadas, por lo que el pronunciamiento no está privado de la debida fundamentación, vicio previsto en el art. 404, inc. 2° del C.P.P.N., asimilable a uno de los supuestos de arbitrariedad consagrados por la C.S.J.N.

En función de lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar los recursos de casación interpuestos por las defensas de ambos imputados a fs. 745/747 y 749/756, con costas.

El doctor Luis María Cabral dijo:

Recreada como ha sido la plataforma fáctica por el tribunal a quo, sin impugnación de parte, la cuestión se ciñe a establecer si Victoria Kelly ha tenido en el evento la participación que se le atribuyó.

A tal fin habrá de recordarse, tal como lo sostuvo el tribunal de juicio, que la forma en que se sucedieron los hechos pudo acreditarse, principalmente, a través del testimonio del damnificado Carlos Alberto Torre. Sus declaraciones, tanto en la instrucción como en el debate resultaron contestes y precisas para recrear la intrusión con

Reg. n° 22.985

finés de robo que sufrió mientras se encontraba en el garaje de su domicilio. Pudo establecerse, de esa forma, que durante el tiempo que duró el robo Victoria Kelly se dirigió a él en dos oportunidades: una en la que le dijo "hacele caso a ellos" indicando así una diferenciación entre ella y sus consortes de causa al ubicarlos a estos en la conducción; y la segunda en la que le refirió "¿tenés un bolso?" en forma coloquial y en la que ella aparece cumpliendo una instrucción.

Ahora bien, examinado el hecho en su totalidad puede advertirse que si bien los tres imputados irrumpieron en la vivienda del damnificado con fines de robo, el aporte que cada uno de ellos efectuó en la realización del tipo -recuérdese que el robo no se consumó por causas ajenas a la voluntad de los intervinientes- puede diferenciarse. Esta idea se refuerza a poco que se compare el aporte de la imputada antes descripto con aquél que realizaron los otros imputados. Las acciones emprendidas por ellos, según surge de los dichos de la víctima, consistieron en amedrentarlo apuntándole a su cabeza, en todo momento, con las armas que portaban; golpearlo en la cabeza con la culata de una de las armas y patearlo en el pecho en el momento en el que se caía como consecuencia del golpe en la cabeza al poco tiempo de haber entrado a su propiedad; despojarlo de distintas sumas de dinero; volver a golpearlo en la cabeza, amenazarlo y finalmente encerrarlo en una de las habitaciones.

Lo hasta aquí dicho demuestra que el aporte de Victoria Kelly no tuvo la entidad que le otorgó el

fallo, no tenía el dominio de la acción, ni su aporte fue tal que el robo no hubiera podido cometerse sin su participación.

Sobre esta cuestión puede traerse a colación la sentencia de la Sala II del BGH Alemán comentado por Claus Roxín (Autoría y Dominio del hecho en Derecho Penal, ed. Marcial Pons, VI edición, Barcelona 1998, pág. 114) en la que se investigaba un caso de contrabando. Dijo el tribunal en esa oportunidad que "cabe concebir supuestos en que un interviniente, a pesar de la conexión y del actuar conjunto con otros contrabandistas..., no tenga voluntad propia del dominio del hecho, se subordine totalmente a la voluntad de otro y solo pretenda favorecer el contrabando ajeno, de mala gana, mediante auxilio secundario. Un contrabandista con tal dirección de voluntad sólo es partícipe del autor principal, aunque realice su aportación al hecho en el seno de una banda".

En el particular caso de autos y tal como ha sido recreada la base fáctica puede afirmarse que la contribución al hecho total efectuada por Victoria Kelly no transita el plano de la coautoría, su accionar en la ejecución del hecho se limitó a su presencia en el lugar, sin portar armas como sus consortes de causa y a realizar las dos manifestaciones mencionadas más arriba, ninguna de ellas de tono intimidatorio. Indudablemente no tuvo el dominio del hecho y el delito podría haberse llevado a cabo en la forma en que se lo hizo sin sus requerimientos y aun sin su presencia. Así su colaboración no pasó del acompañamiento obediente, sin que pudiera dar forma a ninguna de las acciones de quienes

dirigían el hecho.

De esta manera, al menos existe una duda acerca de la intensidad de la colaboración prestada por Victoria Kelly en ese acompañamiento. A ello se agrega la detallada exposición del voto que antecede acerca de su estado psíquico a partir del consumo temprano de estupefacientes que incidió en su personalidad creando dependencia afectiva que le determinó una lábil y vulnerable esfera de decisión.

En tales condiciones, comparto en lo sustancial el voto del doctor Juan Carlos Gemignani y expido el mío en el mismo sentido.

La doctora Ana María Figueroa dijo:

1°) Con respecto a los agravios formulados por la defensa de Victoria Kelly es del caso recordar que el hecho traído a estudio de este Tribunal tuvo lugar el 23 de diciembre de 2010, aproximadamente a las 11.30 horas, en ocasión en que el damnificado Carlos Alberto Torre se encontraba lavando su vehículo con la puerta abierta del garaje de su casa, oportunidad en la que fue reducido y obligado a ingresar a su vivienda por los imputados Nicolás Alfredo Carmona y Daniel Horacio Ferrari.

Durante el suceso Carmona y Ferrari portaron armas de fuego, Ferrari golpeó a Torre varias veces en la cabeza con la culata de la pistola y le propinó una patada en el pecho mientras le exigía agresivamente la entrega de dinero y alhajas. El propio damnificado declaró que Ferrari y Carmona estaban muy nerviosos y violentos, que lo amenazaron

y que el primero de ellos lo apuntó a la cabeza con el arma durante todo el tiempo que duró el robo, hasta que fue encerrado en una de las habitaciones.

En tanto Victoria Kelly ingresó al garaje junto a Carmona y Ferrari y se dirigió a Torre sólo en dos oportunidades -ninguna de ellas en tono intimidatorio-, una la que le refirió "hacele caso a ellos" y otra en la que le preguntó "¿tenés un bolso?".

En punto a lo descripto he de adelantar que coincido con lo sostenido por el juez Cabral en su voto en cuanto a que la actuación de la nombrada se ubicó en un segundo plano, siendo sus consortes quienes llevaban la conducción del ilícito y el comportamiento violento en el hecho. En este sentido, frente a los extremos tenidos por probados en la sentencia y ante el sustento probatorio en el que aquellos se asientan, estimo correcto que el grado de participación que debe adjudicarse a la conducta de Victoria Kelly sea el de partícipe secundaria, pues cooperó con Carmona y Ferrari colocando en el bolso parte de los objetos que pretendían sustraerse y quitándole el celular a Torre, pero de ninguna manera ese aporte fue esencial al punto de considerar que su falta hubiera tornado de imposible ejecución el robo.

Colocar el botín en un bolso y dirigirse al damnificado de la manera en que lo hizo Kelly, no describen un cuadro fáctico que ubique la conducta de la nombrada en el marco de la coautoría. Muy por el contrario, del plexo probatorio y las constancias obrantes en autos se advierte

que si bien Kelly participó de un hecho doloso, no tuvo el dominio del hecho en sentido material.

Enseña D'Alessio que simplemente "...para que la complicidad secundaria exista, debe darse una cierta coordinación entre el autor y el cómplice..." (D'Alessio, José "Código Penal. Comentado y anotado", Ed. La Ley, año 2005, pág. 539), coordinación que fue acreditada consistente en los extremos señalados y circunscripta a las expresiones vertidas por Kelly y a la colocación de los objetos en un bolso.

Conforme constancias de autos, la nombrada no portó armas, las utilizadas en el atraco ya las traían Carmona y Ferrari en el vehículo en el que se transportaban y el día del hecho -tal como lo afirmó el testigo Fabián Hiri-goyen-, Kelly pensaba ir a la pileta de Parque Norte, pero como luego pasaron a buscarla los encausados, decidió salir con ellos.

A ello se agrega la lábil personalidad de la imputada quien, tal como resulta conforme los exámenes psicológicos y médicos obrantes en autos, producto del consumo a temprana edad de sustancias estupefacientes, presenta una dependencia afectiva que ha tornado vulnerable la esfera de su autodeterminación.

Por ello, y en atención a las pautas mensurativas de la pena expuestas por los magistrados que me preceden en la votación, entre las que considero como atenuantes su carencia de antecedentes penales, su edad al momento del hecho, el apoyo de su familia que la ha acompañado

a lo largo de todo el proceso -que incluso se encontraba presente el día en que este Tribunal llevó a cabo la audiencia prevista por el art. 465, quinto párrafo, C.P.P.N.-, y los graves efectos psíquicos que el abuso de las drogas ha causado sobre la imputada, su compromiso con la rehabilitación, entiendo que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación deducido por la defensa de Victoria Kelly, casar el punto dispositivo I de la sentencia recurrida y condenar a la nombrada como partícipe secundaria del delito de robo agravado por el uso de armas de fuego en grado de tentativa, a la pena de tres años de prisión en suspenso y costas, imponiéndole por igual término la obligación de someterse al cuidado de un Patronato de Liberados y de realizar un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación relativo a su adicción a los estupefacientes.

2º) En punto a la motivación insuficiente o aparente de la pena impuesta a los encausados Carmona y Ferrari, entiendo que la decisión del Tribunal Oral en cuanto a la mensuración y graduación de tres años y diez meses de prisión y tres años y ocho meses de prisión, respectivamente - más las accesorias legales y las costas del proceso-, atendió a las circunstancias que rodearon el hecho juzgado y las condiciones personales de los encartados, así como al desvalor de la conducta enjuiciada, expresados en forma fundada.

Sobre la base de tales lineamientos, y examinada la sentencia atacada advierto que, contrariamente a lo afirmado por las asistencias letradas, la misma no es ar-

bitraria. En este sentido el razonamiento del tribunal a quo aparece consistente, pues ha evaluado en forma pormenorizada las pautas de mensuración contenidas en los artículos 40 y 41 del C.P.P.N. y ha inspeccionado de modo diferencial tanto las agravantes como las atenuantes aplicadas al caso.

En definitiva, los defectos señalados por las defensas de Carmona y de Ferrari son insuficientes para descalificar la sentencia como acto jurisdiccional válido, dada la concurrencia de diversas circunstancias agravantes y atenuantes válidamente computadas por el Tribunal, que justifican el quantum de las sanciones infligidas, las que no lucen desproporcionadas ni irrazonables y se ajustan a la escala penal aplicable al caso, ubicándose incluso cercanas al mínimo legal.

3°) En virtud de las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo: I. Hacer lugar al recurso de casación deducido por la defensa de Victoria Kelly, casar el punto dispositivo I de la sentencia obrante a fs. 700/719vta. de las presentes actuaciones y condenar a la nombrada como partícipe secundaria del delito de robo agravado por el uso de armas de fuego en grado de tentativa, a la pena de tres años de prisión en suspenso y costas (arts. 40, 41, 42, 46, 166 inciso 2° del Código Penal de la Nación y arts. 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación); II. Imponer por igual término a Victoria Kelly la obligación de someterse al cuidado de un Patronato de Liberados y de realizar un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación relativo a su

adicción a los estupefacientes (arts. 27 bis inciso 1° del Código Penal de la Nación y 16 de la ley 23.737); III. Rechazar los recursos de casación incoados por las defensas de Nicolás Alfredo Carmona y de Daniel Horacio Ferrari, con costas.

Tal es mi voto.-

En mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal, RESUELVE: I- Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 736/744 por la defensa de Victoria Kelly, casar el punto dispositivo I del pronunciamiento obrante a fs. 700/719 vta. de las presentes actuaciones y, en consecuencia condenar a la nombrada como partícipe secundaria del delito de robo agravado por el uso de armas de fuego en grado de tentativa, a la pena de tres años de prisión en suspenso, con costas (arts. 40, 41, inc. 2° -último párrafo-, 42, 46, 166 inc. 2° del C.P. y 470, 530 y 531 del C.P.P.N.) e imponer a la nombrada por igual término la obligación de someterse al cuidado de un Patronato de Liberados y realizar un tratamiento de desintoxicación y rehabilitación relativo a su adicción a los estupefacientes (arts. 27 bis inciso 1° del Código Penal de la Nación y 16 de la ley 23.737); y II- Rechazar los recursos de casación incoados a fs. 745/747 y 749/756 por las defensas de Nicolás Alfredo Carmona y de Daniel Horacio Ferrari, respectivamente, con costas (arts. 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines establecidos en el artículo 400, en

Reg. n° 22.985

función del 469 del Código Procesal Penal de la Nación, y oportunamente, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordada N° 15/13, CSJN), a través de la Secretaría de Jurisprudencia de esta Cámara.

Remítase al tribunal de origen, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

Fdo.: Ana María Figueroa, Luis María Cabral y Juan Carlos Gemignani. Ante mí: Adrián Pedrozo. Prosecretario de Cámara.