

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 20633/05 STJ

SENTENCIA Nº: 53

CONDENADO: RUSSO LAURA ADRIANA

DELITO: ESTAFA REITERADA EN CONCURSO REAL – EN CONCURSO IDEAL
CON RETENCIÓN INDEBIDA

OBJETO: RECURSO DE QUEJA

VOCES:

FECHA: 06-06-06

FIRMANTES: SODERO NIEVAS - BALLADINI – LUTZ EN ABSTENCIÓN

//MA, de junio de 2006.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “RUSSO, Laura Adriana s/Queja en: ‘RUSSO, Laura Adriana s/Estafa’” (Expte. Nº 20633/05 STJ), puestas a despacho para resolver; y- - - - CONSIDERANDO:- - - - -

-----1.- Que, por sentencia Nº 59 del 15 de septiembre de 2005, la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche resolvió –en lo pertinente- condenar a Laura Adriana Russo a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional por considerarla autora material del delito de estafa en los hechos relatados en los considerandos (siete) que concurren realmente, más el hecho calificado como art. 173 inc. 2 (retención indebida) en concurso ideal con los anteriores, con costas (arts. 26, 29 inc. 3º, 40, 41, 45, 54, 55, 172 y 173 inc. 2º C.P. y 370, 380, 498 y 501 C.P.P.).Asimismo, impuso las pautas de conducta a las que hizo referencia en los considerandos.- - - - -

-----2.- Que, contra lo así decidido, el señor defensor particular interpuso recurso de casación (fs. 25/33 y vta.), cuya inadmisibilidad motiva la queja sub examine.- - - - -

-----3.- Que, en los fundamentos de la resolución impugnada y respecto del agravio de que los testigos no fueron corroborados por otros medios de prueba, el a quo sostiene que en nuestro sistema de libres convicciones y de sana crítica racional, es soberana la apreciación que hace el tribunal de las declaraciones testimoniales. Recuerda además que los testigos víctimas convocados no hesitaron en sindicar a la imputada Russo como la que entregó los cheques cuyo cobro resultó a la postre frustrado, plasmando las ///2.-

maniobras estafatorias. Se refiere luego a la coherencia y la lógica que tiene la prueba que sustenta los siete hechos que concurren realmente, donde la lógica respalda la verosimilitud de los testimonios que señalan a la imputada. Agrega que guardan armonía plena con estos elementos el resultado del allanamiento practicado en el domicilio de Russo y la prueba pericial caligráfica -fs. 230/233 del expediente principal-practicada sobre cheques que integraban la chequera retenida de donde surgieron los demás cartulares. Entiende que, en definitiva, el primer motivo del recurso no es más que la pretensión de que se vuelva a valorar las pruebas rendidas en la causa.- - - -

----- En lo relativo al segundo motivo del recurso de casación, expresa que la crítica se dirige al “quantum” sancionatorio impuesto y al apartamiento de la pena solicitada por el Fiscal de Cámara. Sobre el primero, dice que es facultad discrecional del tribunal determinar el monto, limitado por los mínimos y máximos establecidos para la figura de la ley sustantiva de que se trate y respetando los arts. 40 y 41 del Código Penal, lo que fue establecido y argumentado en la sentencia. En cuanto al segundo motivo, manifiesta que el representante del Ministerio Público sólo vincula al Tribunal en la disposición de la acción penal.- -

-----4.- Que, a su turno, el quejoso menciona doctrina y jurisprudencia aplicables al recurso y reseña lo argumentado en la casación, a la que se remite. Como primer motivo del recurso principal, expuso que los elementos de prueba utilizados no pueden llegar a formar convicción sobre la participación de la imputada en los hechos. En el segundo, //3.- se agravió porque indebidamente se tuvieron en cuenta circunstancias agravantes del art. 41 del código sustantivo para fijar la pena del delito y se aplicó “ultra petita” una pena superior a la solicitada por el Fiscal de Cámara, además de que consideró excesivas las pautas de conducta impuestas de acuerdo con el art. 27 bis del Código Penal.- -

-----5.- Que el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “CASAL” (C. 1757, XL del 20-09-05, ratificado en los fallos “MARTÍNEZ ARECO” del 25-10-05; “BENÍTEZ” del 28-02-06, LL del 03-05-06) “en una interpretación del segundo supuesto del art. 456 del Código Procesal Penal nacional (idéntico a nuestro art. 426 inc. 2º C.P.P.) respecto del alcance otorgado al derecho al imputado a recurrir la sentencia condenatoria consagrada por el art. 8.2. h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que forman parte de la Constitución Nacional luego de su inclusión en el art. 75 inc. 22, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dice que el recurso de casación es

la vía adecuada para garantizar la doble instancia, en la medida en que la única materia no revisable sea lo que surja directa y únicamente de la inmediación y se asegure una revisión integral.- - - - -

----- “De tal modo, la ‘... capacidad revisora no puede quedar constreñida ahora a la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho y la arbitrariedad también deberá ser considerada en la medida en que se demuestre la no-aplicación de las reglas de la sana crítica o su notoria violación (considerandos 26 y 27 del fallo citado).- - - - - //4.-- “Es esta la interpretación que cabe asignar a la conocida opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se indica que el «recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado» (Informe 24/92, «Costa Rica», Derecho a revisión del fallo penal, casos 9328, 9329, 9884, 10131, 10193, 10230, 10429, 10469, del 2 de Octubre de 1992)’.- - - - -

----- “Tal temática tuvo oportuno tratamiento en el precedente ‘SANDOVAL’ (Se. 137/05), cuando, en respuesta al agravio vinculado con la supuesta extralimitación funcional del Superior Tribunal de Justicia en el ejercicio del control de legalidad del fallo cuestionado que alegó la defensa, este Cuerpo sostuvo la constitucionalidad de tal interpretación amplia del art. 426 inc. 2º en orden al análisis de fundamentación de la sentencia de acuerdo con la sana crítica racional, con precisas citas de las normativas implicadas, los fallos de la Corte Suprema anteriores al mencionado que ya establecían la necesidad de tal ejercicio jurisdiccional y las consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al respecto, que son líneas directrices en torno a la interpretación de la garantía constitucional involucrada -doble instancia.- - -

----- “De tal modo se manifestó que ‘... no podría justificar una excepción a tal principio, dado que aquélla se originó en el análisis de la prueba pericial -que se estimó//5.- violatorio del principio de razón suficiente-, cuando tal pauta de análisis es exigida por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en una interpretación exegética del art. 456 inc. 2º del Código Procesal Penal de la Nación (idéntico a nuestro art. 426 inc. 2º C.P.P.) y en armonía con los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional, no obstante no ser ésta una sentencia condenatoria.- - - - -

----- “Así, la Corte Suprema en el precedente «CASAL» (C. 1757.XL, causa N° 1681,

del 20-09-05), en su considerando 32, dijo que «... la interpretación del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación conforme la teoría del máximo rendimiento, o sea, exigiendo que el tribunal competente en materia de casación agote su capacidad revisora conforme a las posibilidades y particularidades de cada caso, revisando todo lo que sea posible revisar, archivando la impracticable distinción entre cuestiones de hecho y de derecho, constituyéndolo en custodio de la correcta aplicación racional del método de reconstrucción histórica en el caso concreto, tiene por resultado un entendimiento de la ley procesal penal vigente acorde con las exigencias de la Constitución Nacional y que, por otra parte, es la que impone la jurisprudencia internacional.- -

----- “«Es esta la interpretación que cabe asignar a la conocida opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se indica que `el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación ///6.- examinar la validez de la sentencia recurrida...´».- -

----- “Dicha interpretación ha sido acogida por el superior tribunal de la causa en el orden local en el expediente sub examine y conforme una doctrina legal reiterada desde el precedente de la Corte en autos «GIROLDI» (Fallos 318:514) pues, luego de la eliminación de los límites temporales objetivos fijados para al interposición del recurso extraordinario de casación en materia penal (Ley 2617, B.O. del 31-05-93), la estructura de la ley ritual de Río Negro, similar a la prevista en el código adjetivo nacional, permite cumplir acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos por el estado argentino, desde el punto de vista de las garantías del proceso penal.- - - -

----- “Esta eliminación de los límites objetivos que «... impedían al imputado acceder a la instancia extraordinaria es acompañada por una constante jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia que -con fundamento en aquellos valores constitucionales de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, la igualdad y el debido proceso- impide que alguien pueda ser condenado por un tribunal inferior sin derecho a un nuevo análisis de la situación, cuando lo alegado sea un procedimiento nulo, a tenor de las normas procesales aplicables, o violatorio de garantías constitucionales o producto de una sentencia que se aparta de la ley sustancial» (conf. Se. 103/00 STJRNSP), con lo que también resultaban incorporados los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas del 20-06-00 de la causa «GÓMEZ VÁZQUEZ contra ESPAÑA».- - - -

----- “De tal modo, este Superior Tribunal realiza una ///7.- interpretación amplia del art. 426 inc. 2º del rito, en el entendimiento de que exige un análisis de la motivación de las decisiones conforme la aplicación correcta de la sana crítica -que no es más que la aplicación de un método racional para la reconstrucción de un hecho pasado-, resguardando las reglas del debido proceso y lo exigido por el código local en cuanto a la fundamentación de sentencias (arts. 110 y 369 CPPRN.) y el artículo 200 de la Constitución Provincial, que prescribe: «Son deberes de los magistrados y funcionarios judiciales, sin perjuicio de otros que la reglamentación establezca, resolver las causas en los plazos fijados por las leyes procesales, con fundamentación razonada y legal».- - -

----- “Ello permite hacer del recurso de casación un instrumento «... operativo de la garantía prevista en el inciso h del punto 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (vigente desde 1988), a cuyo respecto la Comisión Interamericana ha señalado que un aspecto esencial derivado del debido proceso es el derecho a que un tribunal superior examine o reexamine la legalidad de toda sentencia jurisdiccional... (del considerando 20 `in re´ Romero Cacharane, Hugo Alberto s/ejecución penal, causa R. 230, XXXIV... La Ley, 2004-C, 691)» (dictamen del Procurador Fiscal, que la Corte hace suyo en «MURACCIOLE», del 08-03-05, en LL del 15-07-05,4).- - - - -

----- “Y, en tal entendimiento, reconoce lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso «HERRERA ULLOA vs. COSTA RICA», Se. del 02-07-04) en el sentido de que «... el derecho de recurrir el fallo es una garantía ///8.- primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona» (considerando 158).- - - - -

----- “En consonancia con el objeto y el fin de la Convención Americana, ello es, la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el art. 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso amplio que «... garantice un examen integral de la decisión recurrida» (considerando 165), por lo que la garantía

de la doble instancia tiene un mandato de optimización implícito, seguido por el Superior Tribunal en el sub examine, que lo lleva a realizar la interpretación propuesta por la Corte Suprema para no negarla y atento a la manda del artículo 200 de la Constitución Provincial citado supra.-----

----- “Entonces, la excepción al principio general tiene un fundamento sólo aparente pues el marco de análisis del Superior Tribunal, más que exorbitar sus atribuciones constitucionales para el examen de la legalidad de la sentencia, se atiene a los precisos límites fijados por la Corte, que solicita para el recurso de casación una revisión ///9.- amplia, en donde la única materia ajena sería la resultante del principio de inmediación, mientras que en el sub examine se trata de la aplicación de las reglas de la sana crítica a la prueba pericial” (ver in re “ZACARIAS”, Se. 138/05 STJRNSP).-----

-----6.- Que, atento a lo anterior, el análisis de admisibilidad del recurso de casación del tribunal de grado inferior no responde a los nuevos parámetros fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como garantía de la doble instancia.-----

----- Ello así –y en lo pertinente- porque se deben analizar detalladamente los argumentos recursivos y exponer -de modo mínimo- el método racional seguido para la reconstrucción del hecho acusado, conforme lo sostiene la Corte Suprema en los sumarios 29 a 31 del fallo mencionado.-----

-----7.- Que, en este sentido, es necesario realizar un nuevo análisis de admisibilidad para evitar la prosecución del trámite de aquellos expedientes que manifiestamente no puedan prosperar, para los fines de una correcta administración de justicia y para evitar la incertidumbre que todo proceso penal abierto conlleva.-----

----- Ello así pues debe “... reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio y reconocido por el art. 14, ap. 3º, inc. c, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tiene jerarquía constitucional, el derecho de todo imputado a obtener, después de un juicio tramitado en legal forma, un pronunciamiento que, definiendo su situación frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre ///10.- y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal” (Fallos 323:982).-----

----- En este orden de ideas, sin exigir a la formulación del recurso de casación cortapisas solemnes, pero sí la presentación de una crítica concreta y razonada atento a lo sostenido en el sumario 12 del voto de la doctora Carmen M. Argibay y conforme la

exigencia de los arts. 415 y 432 del Código Procesal Penal, el recurso de casación interpuesto ///11.- contra la sentencia de condena debe ser declarado inadmisibile por ausencia de fundamentación.- - - - -

-----8.- Que, en la sentencia definitiva, se condenó a Laura Adriana Russo porque en “fecha indeterminada, aunque cercana al mes de febrero de 1999, en circunstancias que Hugo Barrionuevo, en carácter de representante de la asociación Mutual 1ro de Mayo, sita en calle Fagnano 938 de ?... San Carlos de Bariloche?, le hizo entrega a la imputada de dos chequeras del Banco de la Nación Argentina, sucursal Bariloche, de la cuenta corriente nro. 11.307/02, para ser devueltas a la entidad bancaria, en virtud del cierre de la cuenta y atento ?a que? Russo efectuaba trabajos de gestora para dicha Asociación, habría la nombrada retenido esa chequera y en fechas posteriores, utilizando los cheques con conocimiento de su imposible cobro al estar fuera de circulación por el cierre de la cuenta para la adquisición de mercaderías, defraudando así a distintas personas, en la forma que” se detalla (ver fs. 7 y 12/17).- - - - -

-----9.- Que, en el denominado primer motivo del recurso de casación, se sostiene que los elementos de prueba utilizados no pueden llegar a formar convicción sobre la participación ///11.- de la imputada en los hechos. Así, la defensa desarrolla los siguientes agravios:- - - - -

-----a) No existe coherencia lógica del razonamiento ya que sólo se efectúa una enumeración nominal de los testigos sin ningún tipo de transcripción de los relatos surgidos en el debate, así como también, al analizar los testimonios recibidos, se realiza una evaluación parcial de la prueba de descargo, de modo que buena parte o casi la totalidad de los argumentos de la conclusión a que se arriba consisten en la negación de la hipótesis planteada por la defensa.- - - - -

----- En primer lugar, cabe recordar que no existe obligación de realizar una transcripción de los testimonios prestados en la audiencia de debate (sin perjuicio de lo previsto por el art. 366 C.P.P., no aplicado en el sub examine). En este sentido, el acta de debate contendrá: “El nombre y apellido de los testigos... con mención del juramento ...” (art. 365 inc. 4º C.P.P.) y la sentencia “... la exposición sucinta de los motivos de hecho... en que se fundamente...” (art. 370 ídem). Por otra parte, y como lógica consecuencia de lo precedente, el agravio de “evaluación parcial” de los testimonios deviene en una mera afirmación dogmática carente de apoyatura y por tal razón absolutamente ineficaz. Este Superior Tribunal de Justicia no puede verificar el supuesto tratamiento erróneo de la prueba testimonial por la aludida ausencia de

transcripción total de sus dichos, cuando ésta era una facultad de la defensa, que no lo solicitó.- - - - -

-----b) Cuando la Cámara argumenta sobre el delito de retención indebida, hace referencia a "... abundante///12.- material probatorio..." que no está glosado en autos ni debidamente descrito en la sentencia.- - - - -

----- Sin embargo, de una atenta lectura de la resolución surge que el a quo afirma que existe "abundante material probatorio" para tener por acreditados los hechos imputados (fs. 12), los que menciona y valora seguidamente, entre los que se cuentan las declaraciones de Barrionuevo, Minor, Boi, Hernández, Andreu, Fluhmann, Acuña, Rodríguez Barcelone y Goriziano, el informe del Banco de la Nación Argentina, la correspondencia epistolar remitida por Barrionuevo a Russo, la pericial caligráfica y el allanamiento y secuestro en la vivienda de la encartada (fs. 13/19).- - - - -

----- Por supuesto, la prueba precedente –con su correspondiente ponderación, que expuso el sentenciante en conformidad con el sistema de la sana crítica racional-, acredita no sólo la retención indebida, sino la totalidad de las maniobras estafatorias reprochadas, que tienen su inicio, justamente, en dicha retención indebida de las chequeras que le fueron entregadas -en su carácter de gestora de la Asociación 1º de Mayo- para devolverlas al Banco de la Nación Argentina, para luego defraudar a distintas personas al comprar mercaderías y abonar deudas con los cartulares que sabía eran de imposible cobro porque la cuenta estaba cerrada.- - - - -

- - - - -

----- A lo anterior, la defensa suma que los señores Minor, Boi, Andreu, Fluhmann y Acuña fueron citados al debate en calidad de testigos y no de querellantes o denunciados, y que se realizó una instrucción deficiente, pues deberían haberse realizado auditorías y peritajes contables y haberse ///13.- recabado documental. Sobre los testigos Rodríguez Barcelone y Goriziano, agrega que tiene dudas sobre su interés y su real vinculación con la causa, y concluye en que "no pueden conectar la persona de mi asistida con la autora de los ilícitos ventilados".- - - - -

----- En principio, corresponde destacar que los hechos imputados son de acción pública, motivo por el cual el denunciante pudo ser –en principio- cualquier persona –art. 166, 175 y ccdtes. C.P.P.-. Asimismo, el querellante es un "... sujeto eventual del proceso y, en opinión de la Corte Suprema, resulta una mera concesión legal susceptible de suprimirse en todo tiempo (Fallos, 143: 5)" (Francisco J. D\Albora, "Código Procesal Penal de la Nación", págs. 205/206).- - - - -

----- También cabe poner de resalto que es típico de una declaración testimonial el relato de episodios aprehendidos por los sentidos; mientras que "... la apreciación del testimonio queda sujeta a la valoración del Juez conforme a las reglas de la sana crítica, éste consiste en la eliminación de valores predeterminados de la prueba. El Juez saca conclusiones libremente, pero debe respetar las reglas del entendimiento humano: lógica, psicología y experiencia común. El Juez debe establecer cuándo el testimonio es verdadero, erróneo o mendaz, la apreciación de los sentidos en las personas es totalmente diferente, y por ello el tribunal debe tratar de armonizar los distintos medios probatorios para verificar cuáles elementos del testimonio son producto del error, de la mentira, o resultan verdaderos. Todo pertenece a la ciencia y experiencia del Juez, a su sagacidad y a su técnica, es soberano en la apreciación de la prueba... La recepción se produce por el Juez, pero después de ella la labor del magistrado es interpretar la declaración. Allí es donde el Juez debe armonizar una serie de elementos para valorar adecuadamente el dicho del testigo. Se vale de la libre convicción o la sana crítica racional, que mueven en definitiva al juzgador a obrar de una u otra manera, contraria o no a lo que dice el testigo" (Raúl Washington Abalos, en "Derecho Procesal Penal", Tº II, pág. 495, citado en Se. 38/02).-----

----- Sentado lo anterior, este Cuerpo coincide con el sentenciante cuando, en la declaración de inadmisibilidad del recurso principal, afirma que los testigos víctimas no hesitaron en sindicarse a la imputada Russo como la que entregó los cheques cuyo cobro a la poste resultó frustrado, plasmando las maniobras estafatorias.-----

----- De esta manera, queda en evidencia la correcta identificación de la imputada como la persona que realizó los hechos acusados, con la lógica que respalda la verosimilitud de los testimonios que sindicaron a la encartada -en los siete hechos de condena- y en virtud de la armonía plena que guardan con los indicios del resultado del allanamiento practicado en el domicilio de Russo y la pericial caligráfica practicada sobre los cheques que integraban la chequera retenida de donde surgieron los demás cartulares.-----

----- Al respecto, se ha dicho que los indicios "son contingentes en su individualidad, pero es dable destacar que su eficacia probatoria radica en su pluralidad, puesto que esta clase de indicios se basa en los principios de la causalidad y de identidad o analogía, de acuerdo con la manera ordinaria o corriente (pero no constante o ineludible) como se suceden los hechos físicos o actúan las personas humanas (según se trate de fenómenos materiales o morales y síquicos), es lógico que uno solo representa

apenas un argumento de probabilidad, más o menos mayor según las circunstancias de cada caso, de la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga... Tal es la razón para que la doctrina y las legislaciones le nieguen el valor de plena prueba al indicio contingente único, en oposición a lo admitido lógicamente para el indicio necesario...\' (Hernando D. Echandia, \\'Teoría General de la Prueba Judicial\'), T. II, 651 y ss.)” (Se. 156/05 STJRNSP).-----

-----10.- Que, en el segundo motivo del recurso de casación, el recurrente expresa que no existe fundamentación convincente que justifique la pena establecida, puesto que de las circunstancias del art. 41 del Código Penal hay algunas que hacen al grado del injusto, otras a la culpabilidad y otras a la peligrosidad del sujeto, con lo que aparecen a primera vista mezclados criterios para la fijación de la pena: la compensación de la culpabilidad, la prevención general y la prevención especial.-----

----- La apreciación subjetiva diferente sobre las circunstancias que detalló y valoró el a quo a fs. 21/22 no constituye una crítica concreta y razonada que amerite su revisión, máxime cuando la fundamentación cuestionada es insoslayablemente ajustada a derecho.----- //16.-- Es decir, los agravios desarrollados carecen de eficacia ante lo sostenido por el sentenciante, toda vez que la sentencia condenatoria tiene en cuenta las pautas de valoración que establecen los arts. 40 y 41 del Código Penal para la imposición de la pena, en especial la ausencia de antecedentes, los favorables informes de abono, el nivel de educación, de vida y de ocupación, ninguna necesidad aparente para la comisión de los ilícitos y la pluralidad de hechos.-----

----- Igual carencia impugnaticia se observa en la referencia a “mezclados criterios” para la fijación de la pena, porque “¿l? a pena que se impone al agente en el supuesto concreto constituye la cuantía de poder punitivo que queda después de la contención que ejerce el poder jurídico en cada caso de criminalización... que se somete a su decisión”. En tal sentido, “el art. 41 del código penal constituye la base legal infraconstitucional más importante del derecho de cuantificación penal argentino. Los criterios de determinación de las penas que establecen los códigos dependen siempre del concepto y fin de la pena, cuestión sobre la que –como es sabido- giran todas las llamadas teorías positivas y, por ende, explica que en el momento de legislar se tienda a buscar soluciones de compromiso... ¿E?n el siglo XX cundieron las disposiciones legales híbridas... ¿y e?l art. 41 del código argentino es un producto de esa hibridez, como lo demuestra su gestación y el desorden de su enunciado... ¿el que? se pretendió

sintético porque con su redacción quiso renunciarse al criterio objetivo/subjetivo”.
///17.- Entonces, “¿los dos incisos del art. 41 no pueden interpretarse como una sistematización inflexible objetiva/subjetiva de las circunstancias a tomar en cuenta, pues si bien el inciso primero hace una referencia incuestionable al injusto, no es menos cierto que en el segundo inciso aparecen aspectos que también se vinculan al mismo” (conf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, “Derecho Penal. Parte General”, ed. Ediar, 2000, págs. 986, 990 y 1000).- -

----- Sobre el tema, el recurrente también cuestiona la valoración de las siguientes agravantes: el nivel educacional, por no operar directamente sobre los hechos investigados; la pluralidad de los hechos, pues se valora una pena a futuro cuando los hechos cayeron bajo una misma conducta y tipo penal, y el nivel de vida y ocupación en el momento, ya que se estaría teniendo en cuenta el carácter social y no las circunstancias objetivas de los hechos investigados.- - - - -

----- Sin embargo, el a quo desarrolló la cuestión según otro fundamento. Así, las circunstancias agravantes del art. 41 que se mencionaron se encuentran debidamente aquilatadas a fs. 21/22, en el marco de la siguiente conceptualización: “El reproche del injusto que incide sobre la pena debe ser entendido como pura culpabilidad de acto, sin contaminación con consideraciones preventivistas ni componentes ajenos al hecho mismo, sea por abarcar reproches de personalidad o por incorporar consideraciones referidas al futuro. Se entiende por culpabilidad por el acto el reproche del injusto, tomando como criterios la motivación, en cuanto a su grado de aberración, y el espacio o ámbito de decisión del autor ///18.- en la situación concreta del hecho... La calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir es la base más incuestionable del reproche de culpabilidad por el acto... La edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, en esta culpabilidad por el acto, son indicadores de personalidad o bien de las características personales del agente, que denotan su ámbito de autodeterminación” (conf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, obra citada, págs. 1003, 1004 y 1005, las cursivas son del original).- - - - -

----- En este orden de ideas, también surge de forma manifiesta que el sentenciante ponderó los hechos de condena (siete hechos de estafa que concurren realmente, más el hecho de retención indebida en concurso ideal con los anteriores), por lo que es absurdo decir que se está valorando una pena por acciones delictivas futuras –como pareciera decir el recurrente a fs. 31 vta.-. Es decir, la magnitud del injusto se mide por los hechos de condena, teniendo en cuenta el concurso real y la particularidad del concurso ideal

(conf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, obra citada, pág. 1001). Por ende, la parte desconoce y se aparta de las constancias de la causa en cuanto claramente establecen las pautas mensurativas que fijaron el quantum de la pena
impuesta según los arts. 40 y 41 del Código Procesal (conf. Se. 117/05 STJRNSP).- - - -

----- Por último, y a mayor abundamiento, el último párrafo del art. 41 del código sustantivo dice: “El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto...”. Al respecto, se ha sostenido: “Lo toma, en la oportunidad del ///19.- juicio oral porque el imputado, a igual que los mismos jueces, han estado presentes en él. Lo decisivo es que el sometido a juzgamiento, haya sido visto y oído en sus condiciones personales, con todo lo que ello importa, porque subjetiva y objetivamente, el conocer, es de importancia para que el juez pueda fundar la sentencia a los fines de los artículos 40 y 41 del C. Penal” (Laje Anaya y Gavier, “Notas al Código Penal Argentino. Parte General”, Tº I, ed. Lerner, 1994, pág. 245; en similar sentido, Omar Breglia Arias y Omar R. Gauna, “Código Penal y leyes complementarias”, Ed. Astrea, 2001, 4ª edición, Tº 1, págs. 365/366).- - - - -

----- Como es sabido, para este Superior Tribunal de Justicia lo no controlable –por incompatible con el juicio oral- es la impresión personal que puede causar en el tribunal el “conocimiento directo y de visu”, de la cual se debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios (conf. CSJN in re “CASAL” supra citada).- -

----- Así, “[I]a forma en que el magistrado aprecia las condiciones personales del imputado, a los efectos de determinar la pena -conforme el art. 41 del Cód. Penal-, se vincula con el ejercicio de sus facultades dentro de los límites establecidos por la ley (Del dictamen del Procurador General de la Corte. La Corte declaró inadmisibles el recurso de queja)” (en “CHILAVERT GONZÁLEZ”, del 19-05-99, en LL 1999-D, 512). Así, rige la apreciación discrecional del magistrado en el caso concreto “para graduar el \‘quantum\’ de ///20.- la sanción primitiva, de acuerdo con las pautas que a tal fin establecen los arts. 40 y 41 del Cód. Penal, si se tiene en cuenta que las disposiciones aludidas no contienen bases taxativas de fijación sino que dejan librada esta, dentro de los límites normativos...” (conf. CSJN in re “FERNÁNDEZ”, del 24-03-81, citado en Se. 104/04 STJRNSP).- -

----- “En este sentido, en su construcción de la respuesta punitiva, el juzgador no puede

imponer una pena inferior al mínimo ?ni superior al máximo? seleccionado por el legislador y es éste el límite de valoración flexible permitida, conforme los arts. 40 y 41 del Código Penal. Ocurre que el '\... principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente\” (Se. 39/06 STJRNSP, in re “FUENTES”).- - - -

----- Otro agravio expuesto en el recurso de casación se refiere a la aplicación de una pena superior a los “dos años de prisión en suspenso, más las costas del proceso y pautas del 27 bis que el Tribunal considera” solicitada por el Fiscal de Cámara (fs. 10), pues, a criterio de la defensa, se ha resuelto “ultra petita”, cuando claramente predomina el sistema acusatorio acogido por el precedente “ORTIZ” de este Superior Tribunal. Asimismo, cita los precedentes “LLERENA”, “QUIROGA” y “TARIFEÑO” de la Corte Suprema en apoyo de su postura.- - - - - //21.-- En el precedente "ORTIZ" (Se. 11/98 del 11-03-98), este Cuerpo fijó la doctrina legal obligatoria de que la absolución del imputado es consecuencia necesaria de la ausencia de acusación fiscal en debate (ver Se. 33/05, entre otras), al igual que la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “TARIFEÑO” (Se. del 28-12-89.- - - - -

----- Sucintamente, el máximo Tribunal del país en autos "LLERENA" (L. 486. XXXVI, del 17-05-05), decidió que la imparcialidad del juzgador puede ser definida como la ausencia de prejuicios o intereses de éste frente al caso que debe decidir, tanto en relación con las partes como con la materia. A su vez, al sentenciar en "QUIROGA" (DJ del 02-02-05), dispuso la declaración de inconstitucionalidad del art. 348 segundo párrafo del Código Procesal Penal de la Nación -para los casos en que el juez no acuerda con el pedido de sobreseimiento del fiscal, lo aparta e instruye a quien designe el fiscal de cámara para que efectúe el correspondiente requerimiento de elevación a juicio-, control que se encuentra vedado por determinar el contenido de los actos del fiscal y no respetar la autonomía funcional de los fiscales establecidas en el art. 120 de la Constitución Nacional. Con lo antedicho se descarta la aplicación de los precedentes citados al sub examine en tanto carecen de relación.- - - - -

----- La parte pretende efectuar un paralelismo–esencialmente- entre la falta de acusación fiscal y la imparcialidad del juzgador, por un lado, y el pedido de pena realizado por el Fiscal de Cámara en su alegato, sobre la base de que, al aplicarse al

imputado una pena mayor a la ///22.- pretendida por el señor Fiscal de Cámara se habría vulnerado el sistema acusatorio y condenado “ultra petita”. Cabe decir que lo sostenido por la defensa resulta improcedente, dado que en el caso existe acusación y se encuentra consecuentemente abierta la jurisdicción de la Cámara Criminal para aplicar el derecho que se ajuste a los hechos comprobados, sin que se exponga ni se advierta ningún motivo de parcialidad que afecte lo dicho (conf. Se. 117/05 STJRNSP).- - - - -

----- Entonces, el ataque a la resolución del a quo resulta ineficaz en lo que hace a la pretendida limitación que impondría a la Cámara el monto de la pena solicitado por el señor Fiscal (pues no es de aplicación el art. 380 C.P.P.–para el juicio correccional-). Ello así en tanto “los fallos jurisprudenciales citados supra como fundamento de este agravio hacían referencia a la imposibilidad del juzgador del dictar sentencia condenatoria en ausencia de acusación fiscal por desistimiento de la acción, de lo que no puede extraerse la conclusión que sustenta el agravio, en tanto en este caso existe acusación y, como consecuencia, jurisdicción de la Cámara Criminal para aplicar el derecho que se ajuste a los hechos comprobados. La interpretación que plantea el señor Defensor... desconoce que los arts. 40 y 41 del C.P. establecen pautas mensurativas para fijar el ‘quantum’ de la pena que deben imponer los Tribunales. De modo coincidente Pedro Narvaiz (‘El fiscal y la acción penal pública’, en ‘Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal’, Año III, Nº 4-5, pág. 989) dice que ‘... [p]odrá el fiscal destacar, en su requerimiento o al opinar en el debate, las ///23.- particularidades que indican al hecho como más grave o como más atenuada o calificada la responsabilidad del autor, o podrá no hacerlo; y podrá pedir una sanción determinada o no hacerlo, pues basta con que dé la relación circunstanciada del hecho que la ley le exige y su calificación legal. La defensa no estará más garantizada en su derecho porque el fiscal pida la aplicación de determinada pena (en su monto), porque si omite hacerlo se estará remitiendo a la contienda en el precepto penal que invoca. El derecho de defensa no se vincula con el monto de la pena que podrá el fiscal pedir o no para el acusado, sino con el presupuesto y anclaje de su pretensión punitiva contenida en la descripción del hecho y su incriminación típica...”, por lo que el agravio debe ser rechazado. Confirma esta postura la misma redacción del Código de Procedimientos local, cuando en su art. 374 establece: “La sentencia condenatoria fijará las penas y medidas de seguridad que correspondan y resolverá sobre el pago de las costas” (conf. Se. 12/01 STJRNSP).- - - - -

----- Por último, la defensa sostiene “en cuanto al acápite denominado Artículo 27 bis las mismas son a entender de esta defensa excesivas toda vez que la imposición de \2.- Adoptar oficio, arte, industria o profesión adecuado a su capacidad\’ y a \3.- Realizar trabajos no remunerados a favor del... Consejo Provincial de Educación durante el período lectivo... con una periodicidad de tres veces por semana, con una totalidad anual de 120 hs...\’, exceden lo normado por dicho artículo y, en sí mismo, implica un doble castigo...” (fs. 32).----- //24.-- Al respecto, cabe destacar inicialmente que este Cuerpo tiene dicho que, habiéndose dejado en suspenso la pena de prisión, deben imponerse las reglas de conducta previstas de modo imperativo por el art. 27 bis del Código Penal (conf. Se. 105/00 y Se. 02/05). Además, tales reglas no se advierten excesivas en el sub examine ni el quejoso argumenta eficazmente tal afirmación.-----

----- Debe descartarse de plano asimismo la alegación del “doble castigo” con base en que se obliga a conseguir trabajo y se le imponen tareas gratuitas, ya que el art. 27 bis del código sustantivo prevé la imposición de reglas de conducta –que no son penas- a la condenada y operan como un complemento de la condena de ejecución condicional impuesta y tiende a reforzar su efectividad. Esto es, las reglas de observación impuestas por el juez al beneficiado en ningún momento tienen el carácter de pena, sino tan sólo revisten el carácter de exigencias procesales especiales, cuyo cumplimiento posibilitará la extinción de la acción penal en beneficio de quien ha sido sometido a un proceso. Además, la enumeración de las reglas de conducta contenidas en el artículo no resulta taxativa, ya que el juez o tribunal pueden modificar alguna de ellas (conf. Carlos Edwards, “La probation en el Código Penal - ley 24316”, pág. 82, y Se. 10/97).-----

----- De todos modos, las reglas de conducta impuestas, al igual que las otras previstas en la norma, responden a un criterio de prevención especial y pueden ser modificadas por el tribunal según resulte conveniente al caso (tercer párrafo del art. 27 bis C.P.), con lo que no podrían dejar //25.- de meritarse en la ejecución correspondiente las eventuales circunstancias que se presenten -como menciona la defensa a fs. 32 vta.-.-----

----- “El art. 27 bis C.P., ante el incumplimiento de las reglas de conducta, le permite al juzgador optar por diversas alternativas: modificarlas para posibilitar su cumplimiento, insistir en ellas sin ninguna sanción, insistir sancionando con la no-computación de todo o parte del tiempo transcurrido, o revocar la condicionalidad. La decisión del a quo...

?debe ser? adoptada dentro de los poderes discrecionales que la norma le autoriza. Así, \... la revocación será siempre una facultad judicial, pero nunca un deber, pues el Estado deberá esforzarse plenamente en la búsqueda de alternativas de cumplimiento (ya sea por medio de la modificación del régimen impuesto o bien, cuando haga falta, a través de la prestación de asistencia al imputado)\' (cf. Gustavo L. Vitale, \Suspensión del proceso penal a prueba\, pág. 274)" (Se. 25/00 STJ).- - - - -

----- En este sentido, es claro el criterio doctrinario: "El apartamiento por el condenado del cumplimiento del plan de conducta elaborado no requiere necesariamente la imposición de alguna sanción, ya que por el contrario, el art. 27 bis, párr. último, del Cód. Penal, señala un procedimiento conforme al cual, conocido el incumplimiento, el tribunal podrá (nada imperativo hay aquí) disponer que no se compute como plazo de cumplimiento todo o parte del tiempo transcurrido, de donde se sigue que para ejercer esa facultad en forma no arbitraria, además de acumular informes sobre lo sucedido, el tribunal deberá oír la condenado que ///26.- tal vez pueda justificar su conducta" (cf. Julio de Olazábal, "Suspensión del proceso a prueba", pág. 124).- - -

-----11.- Que, conforme con las razones que anteceden, luego de una revisión integral de la sentencia, debe rechazarse la queja interpuesta a fs. 39/45 de las presentes actuaciones por el señor defensor particular, con costas, y confirmar la condena impuesta.- - - - -

----- Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

R E S U E L V E :

Primero: Rechazar el recurso de queja interpuesto a fs. 39/

----- 45 de las presentes actuaciones por el doctor Juan Pablo Laurence en representación de Laura Adriana Russo, con costas, y, atento a que ha sido revisada en forma integral, confirmar la sentencia N° 59 dictada el 15 de septiembre de 2005 por la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche.- - - - -

- - - - Segundo: Registrar, notificar y, oportunamente, archivar.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 5

SENTENCIA: 53

FOLIOS: 834/859

SECRETARÍA: 2