



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

Reg. n° 421/2017

/// la ciudad de Buenos Aires, a los treinta días del mes de mayo de 2017, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis Fernando Niño, Eugenio Sarrabayrouse y Daniel Morin, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 374/393, en este proceso n° CCC 73831/2014/TO1/CNC1, caratulado "[REDACTED] s/ robo con armas", del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 28 de esta ciudad, por sentencia del 14 de julio de 2015, resolvió –en lo que aquí interesa–:

“II.- CONDENAR A [REDACTED] de las condiciones personales ya señaladas, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, por considerarlo coautor material penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de armas y autor material penalmente responsable del delito de resistencia a la autoridad, los que concurren materialmente entre sí (artículos 12, 29 inciso 3°, 45, 55, 166 inciso 2° y 238 del Código Penal.-

III.- DECLARAR A [REDACTED] REINCIDENTE (ARTÍCULO 50 DEL CÓDIGO PENAL).-”





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

II. Contra la sentencia condenatoria, la defensa interpuso recurso de casación (fs. 374/393), remedio procesal que fue concedido a fs. 394/395 por el tribunal de juicio.

III. Posteriormente, se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuyos integrantes decidieron otorgar al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación.

Luego, el recurrente presentó –en término de oficina– un escrito ampliando e introduciendo nuevos agravios conforme el recurso que originó la incidencia, al tiempo que mantuvo la reserva del caso federal (fs. 406/415).

IV. El 1 de junio del año 2016 se celebró la audiencia prevista por los artículos 465, 4º párrafo, y 468 del cuerpo legal citado, de lo cual se dejó constancia en el expediente. Los agravios expresados en el escrito recursivo y en el término de oficina fueron reiterados, en lo sustancial, por la defensa en esa oportunidad.

V. Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizada la audiencia, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Luis Fernando Niño dijo:

I. Tal y como se consignó en el epígrafe, el tribunal oral condenó a [REDACTED] por encontrarlo coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de armas y autor material del delito de resistencia a la autoridad, los que concurren materialmente entre sí, a la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas. Asimismo, lo declaró reincidente en los términos del art. 50 del Código Penal de la Nación.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

Con el propósito de dar respuesta a los planteos de la defensa daré cuenta de los hechos tenidos por ciertos por el tribunal *a quo*.

Se tuvo por acreditado que “*el 5 de diciembre de 2014 aproximadamente a la 1,50 de la madrugada, en ocasión de encontrarse caminando [REDACTED] junto a [REDACTED] [REDACTED] por la calle Humberto Primo cerca de la intersección con Oruro, imprevistamente esta última es empujada violentamente por una mujer desconocida contra la pared, mientras [REDACTED] es también empujado hacia atrás por el procesado [REDACTED] [REDACTED] el cual colocándole un cuchillo con hoja serrucho en el cuello y mientras lo golpeaba reiteradamente en la cara y el cuerpo, le exigía que le entregara dinero y efectos, a lo cual accedió luego que le insistiera que lo hiciera su amiga [REDACTED] quien también recibió golpes en la cara por parte de [REDACTED]*”

Así fue que los dos asaltantes sustrajeron un teléfono celular Sony Ericsson número 1533510039, el documento de identidad 95.314.257, un portadocumento color gris, dinero en efectivo, un juego de llaves, un pendrive y lentes, todo perteneciente al mencionado [REDACTED]. El policía Gustavo Frías que circulaba por el lugar en un móvil policial, es anoticiado de lo ocurrido, localizando a los dos autores del hecho en la plaza Martín Fierro – Cochabamba y La Rioja-, fugándose la mujer pero logrando detener a [REDACTED] quien en ese momento, mientras manifestaba “*a mí no me llevas*”, intentó escaparse golpeando con los puños y patadas al preventor, hasta que este pudo reducirlo.

Posteriormente en el lugar se labran las actuaciones de rigor, secuestrándose en poder de [REDACTED] los efectos sustraídos, con excepción del dinero, del pendrive. Debe destacarse que entre lo incautado figura una hoja de metal tipo serrucho de 8 cm. de longitud y el mango respectivo.” (cfr. fs. 348/349).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

II. Cinco han sido los agravios presentados por la defensa oficial contra la sentencia condenatoria dictada respecto de su patrocinado [REDACTED]. Corresponde caracterizarlos sintéticamente del siguiente modo: 1) arbitrariedad en la valoración de la prueba referida a la circunstancia agravante contenida en el artículo 166, inciso 2º, primera hipótesis, del Código Penal; 2) errónea aplicación de la ley penal sustantiva relativa al concepto de arma; 3) equivocada apreciación de la fase del *iter criminis* alcanzada en la especie por el agente; 4) errada apreciación del nivel de capacidad psíquica de culpabilidad y consiguiente yerro en la dosimetría penal ensayada; 5) inconstitucionalidad de la reincidencia y – subsidiariamente– arbitraria interpretación del significado jurídico del cumplimiento parcial de pena.

He de ceñirme, pues, a ese orden para el tratamiento del recurso interpuesto.

1) Estimo que la valoración de la prueba acerca de la existencia de un cuchillo en manos del encausado [REDACTED] en el momento del hecho ilícito ha sido correcta. Expresaré mis razones.

En primer lugar, la argüida contradicción del tribunal, al tener por desistido al fiscal de la declaración en juicio de [REDACTED] [REDACTED] (v. fs. 321 vta.), para luego incorporar las dos piezas suscritas oportunamente por el nombrado, en sedes de prevención y de instrucción, respectivamente, no es tal. Que el representante del Ministerio Público Fiscal haya desistido de insistir con la comparecencia del testigo al debate no empece a la solicitud de la incorporación por lectura de anteriores piezas documentales, si se dan los extremos previstos por la ley de rito en la materia.

El artículo 391, inciso 3º, del Código Procesal Penal de la Nación prevé expresamente la suplantación de la declaración testimonial de quien estuviere ausente del país al momento de ser citado a la audiencia respectiva por la lectura de las recibidas durante





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

la instrucción, siempre que se hubieran observado las formalidades de la instrucción. [REDACTED] hubo de deponer ante el Juez de Instrucción (fs. 127), oportunidad en la que no sólo ratificó una declaración prestada en sede policial y glosada a fs. 10/11, en la que detallaba el tipo de elemento esgrimido por su agresor para asaltarlo, sino que narró haber recibido dos cortes con dicho instrumento, uno en el dedo de la mano derecha y otro en el antebrazo izquierdo.

El informe pericial de fs. 29, incorporado al debate, describe las dos piezas complementarias de un cuchillo del tipo descrito por [REDACTED] incautadas a [REDACTED] minutos más tarde de la secuencia fáctica que lo damnificó, junto con efectos y documentación del primero, a tres cuadras del lugar del hecho y en inmediaciones del sitio en el cual había protagonizado otro violento suceso. Con independencia de la solución procesal decidida por el tribunal respecto de este último evento, aparece el encartado [REDACTED] en posesión del cuchillo que, aunque separado en sus dos partes –mango y hoja– responde a las mismas características detalladas por la víctima. Las fotografías de fs. 30 y 35, parte superior en ambos casos, también incorporadas por su exhibición (v. fs. 326) ilustran acerca del elemento secuestrado.

Por añadidura, en el informe médico-legal de fs. 83, incorporado por lectura por el *a quo*, se constatan, entre muchas otras lesiones, excoriaciones en dedo índice de mano derecha y cara radial del dedo pulgar de esa misma mano y otra en pliegue de codo izquierdo, puntualmente compatibles por tipo y por zona corporal afectada con lo narrado por la víctima de marras.

A ello se suman: la declaración en juicio de la acompañante de [REDACTED] [REDACTED] (fs. 324, vta.325), quien, aunque se desdijo respecto de la percepción directa del arma empleada por el asaltante, afirmada con anterioridad, sostuvo que supo por comentario





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

de aquél que este último tenía consigo, al agredirlo, “un cuchillo tipo serrucho”, vale decir, de las características del habido por el personal policial en poder de [REDACTED] y los dichos del policía Gustavo Mario Frías (fs. 320 vta./321), encargado de reducir al encausado, posibilitando el efectivo hallazgo y secuestro de dicho elemento.

Es obvio que no cabe atribuir a la sola declaración de un testigo ausente del país el mismo mérito probatorio de aquella prestada con intervención del imputado y su defensa. La innegable imposibilidad de ejercer el derecho de interrogar o hacer interrogar a los testigos presentes en el tribunal (CADH, art. 8.2. f, y P.I.DD.CC. y PP, art. 14.3.e) reduce la potencia cargosa de una probanza así obtenida; y cabría afirmar que su sola existencia carece de poder de convicción suficiente para generar en el intérprete guiado por la sana crítica racional la certeza que una condena requiere en este ámbito jurídico.

En el fallo “Benítez, Aníbal Leonel” (CSJN, Fallos: 329:5556), recordado en su alegato por la defensa oficial, “prácticamente toda la prueba de cargo de alguna significación fue incorporada por lectura”. Ese abordaje del tópico por parte de nuestro supremo Tribunal se emparenta con el estándar sintetizado mediante la frase “*sole and decisive rule*”, fijado en sucesivos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tales como el recaído en el caso “Al-Khawaja and Tahery v. Reino Unido”, del 15 de Diciembre de 2011, en cuyo apartado 128 se expresa que la simiente de tal estándar se encuentra en el precedente “*Unterpertinger v. Austria*” del 24 de Noviembre de 1986, que provee la razón para la prueba a aplicar: si la condena de un acusado está basada única o principalmente –*solely or mainly*– sobre evidencia provista por testigos a los que el acusado se ha visto imposibilitado de interrogar en alguna etapa del procedimiento, sus derechos de defensa se habrán visto indebidamente limitados” (*European Court of Human Rights, Grand Chamber, case of Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom*, p. 45).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

Está de más apuntar que no es eso lo que aquí sucede; el cúmulo de elementos reseñados precedentemente, armónicamente convergentes en punto a la existencia y empleo del cuchillo secuestrado a [REDACTED] conducen a estimar válidamente incorporada al análisis dicha pieza documental, que engarza –sin dificultad– en el cuadro compuesto por el testimonio de [REDACTED] el peritaje médico-legal de las lesiones de [REDACTED] y la narración juramentada del esforzado agente del orden Frías, encargado de detener al incuso e incautar las dos partes del cortante utensilio; y concurre así, como un factor más, a la reconstrucción histórica ensayada por el colegiado sentenciador, sin que cuadre reputar inobservada norma alguna del Código vigente. Corresponde, entonces, la interpretación “a contrario sensu” del artículo 456, inciso 2º, del CPPN.

2) Tal como lo he sostenido en diversas oportunidades, no comparto el criterio que limita el concepto de arma a los instrumentos, medios o máquinas fabricados con fines específicos de ataque o defensa. Ante la ausencia de una definición de tal elemento en el Código Penal (arts. 77 y 78), es ocioso procurarla en la ley 20429 o en el decreto reglamentario 395/75. Un puñado de pólvora, un cartucho o una mira infrarroja son elementos incluidos en tales disposiciones y lejos están de configurar un arma a tenor de lo previsto en el artículo 166, inciso 2º del Código Penal.

En este caso, pues, como en el de “banda” (art. 167, inciso 2º, cód. cit.), falto de un elemento normativo, me repliego al lenguaje natural en busca de uno descriptivo, y estimo que tanto es arma, en el sentido que el legislador ha tomado en consideración al construir la agravante, todo objeto o instrumento que sirve para atacar a una persona, como todo medio especialmente utilizado para atacar a otras u otras personas.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

Hecha esa salvedad, obviamente, tampoco adhiero al criterio opuesto, que extiende el marco semántico de dicha voz hasta abarcar supuestos que rozan la absurdidad.

En buen romance, fuera del elenco convencional de armas –arrojadizas, blancas, de fuego, de percusión, mecanizadas o termonucleares– sólo cuadrará incluir bajo tal denominación, a la hora de analizar la virtual concurrencia de la circunstancia agravante contenida en el tipo del artículo 166, inciso 2º, del Código Penal, a aquellos elementos que a partir de sus propias características y del modo de empleo en la emergencia, quepa considerar contundentes, sea por su capacidad de golpear o magullar –vale decir, precisamente, de contundir–, sea por su capacidad de producir gran impresión en el ánimo, que es la segunda acepción del adjetivo en cuestión.

Sentada tal precisión respecto del instrumento, medio o máquina, restará analizar, en cada caso concreto, como ya se ha expresado, la modalidad de uso desplegada, pues no es lo mismo blandir un arma blanca que exhibirla a la distancia¹, ni es igual mostrar la empuñadura de un arma de fuego portada en el cinto que apuntar con ella a la víctima, a la hora de interpretar la preposición “con” inserta en el tipo legal de que se trata.

En el episodio que aquí me toca analizar se logró acreditar, en base al conglomerado de probanzas antes mencionadas y tomadas en debida cuenta por el órgano colegiado que dictó la sentencia, que [REDACTED] con el propósito de vencer cualquier tipo de resistencia del damnificado [REDACTED] y así lograr despojarlo de sus bienes personales, blandió un cuchillo, sumando a la andanada de golpes de puño que hubo de propinarle, dos cortes, en mano derecha y antebrazo izquierdo, pericialmente acreditados.

¹ Cuadro de situación que desarrollé, hace más de dos décadas, en oportunidad de emitir mi voto en la causa n° 15, caratulada “SÁNCHEZ, Víctor Francisco s/ robo agravado por el uso de arma” (TOC 20, rta. 22.2.94).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

Corresponde, entonces, confirmar la decisión del *a quo* en cuanto calificó la conducta analizada como constitutiva del tipo penal contenido en el artículo 166, inc. 2° del código de fondo, habida cuenta que se logró demostrar, para agravar la figura base, receptada en el art. 164 *idem*, que el empleo del arma para cometer el robo se tradujo, concretamente, en un ataque a la integridad del sujeto pasivo. No hay error, pues, en la aplicación de la ley sustantiva que pueda dar motivo a casación (conf. art. 456 inciso 1° CPPN).

3) En cuanto al tercer motivo de agravio esgrimido por la defensa oficial, no es de recibo estimar que [REDACTED] careció de poder de disposición sobre los bienes –un teléfono celular marca Sony Ericsson, un *pen drive* y una pequeña suma de dinero– y el documento de identidad enfundado en un estuche de color gris, sustraídos a [REDACTED] según surge del acta jurada de fs. 127, corroborada, respecto del aparato y del dinero, por [REDACTED] en la audiencia.

Tal como lo señaló el tribunal oral en la resolución que se intenta atacar, el policía Gustavo Mario Frías relató que, tras recibir la noticia de la pareja afectada acerca del robo padecido y visualizar a treinta metros de distancia al individuo de sexo masculino apuntado por ellos como el autor, lo perdió de vista, regresando al lugar del hecho con los damnificados. Luego siguió recorriendo, hasta dar con quien resultó ser el encartado [REDACTED] quien –por añadidura– se encontraba con otra persona de sexo femenino, que no resultó aprehendida, debiendo ocuparse el agente del orden de reducir al sujeto precitado. El paréntesis impuesto respecto de la búsqueda emprendida y la huida de la mujer que, conforme los firmes dichos de ambos damnificados, acompañaba al autor en la emergencia, conduce a estimar que el incuso tuvo margen para disponer de los efectos robados, con independencia de que algunos de ellos haya sido recobrado tras la detención e incautación practicadas.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

No se advierte vicio en el razonamiento seguido por el *a quo* en este aspecto y una vez más se estima que no se presenta la situación prevista en el artículo 456, inciso 1° del ordenamiento de rito en la materia.

4) El agravio atinente a la falta de fundamentación en el juicio de determinación de la pena, a mi criterio, no puede prosperar. Ciertamente es que las pautas tomadas en consideración para ensayar la dosimetría penal respectiva han sido enunciadas de modo sintético, mas no es verdad que no se encuentren reflejadas en la medida de pena adoptada. Más allá de la sucinta mención de los antecedentes condenatorios, entre las circunstancias agravantes, que tal como sostuve en el precedente “Pumara”² no pueden tenerse en cuenta para agravar la pena, se hace hincapié en la coautoría y, muy especialmente, en la importante cantidad de lesiones registradas, fundamentalmente, en el cuerpo del damnificado [REDACTED] pese a la pasividad adoptada por éste ante el ilícito. Frente a los dichos del personal policial que actuó en el momento de la detención de [REDACTED] relevados por la defensa oficial para minimizar el castigo inferido por su pupilo a su víctima principal, obra en autos el informe médico-legal de fs. 83, demostrativo de la cantidad y entidad de las lesiones producidas a [REDACTED] en el transcurso del evento que lo afectó.

En cuanto a las circunstancias atenuantes, se menciona la situación socio-familiar y su problemática vinculada al consumo de estupefacientes, poniendo de relieve junto a la verosimilitud de la capacidad psíquica de culpabilidad conservada en la emergencia por el incoado, pericialmente apuntadas y puntualmente relevadas en el decisorio, la prueba de una anomalía psíquica evidenciada ante el agente policial encargado de aprehenderlo.

Ciertamente es que no se hace mención expresa en la sentencia de la disminución en la visión de un ojo sufrida por el encausado al ser

² Sentencia del 16.2.17, Sala II, jueces Morin, Sarrabayrouse y Niño, registro n° 83/2017





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

reducido para lograr su aprehensión; mas tampoco se hace alusión a los golpes y magullones experimentados por Gustavo Mario Frías, de los que él mismo da cuenta, ni al estado confusional en que lo pudo apreciar el testigo Marcelo Orta al comparecer en la comisaría respectiva para prestar declaración.

Tomando en cuenta, en suma, unas y otras condiciones e incidencias, no luce como “un nuevo aumento del grado de reproche” una condena que se eleva un año del mínimo de la escala prevista para el delito de que se trata, motivo por el cual considero que no se comprueba una errónea aplicación de la ley de fondo en este aspecto.

5) En lo que refiere al planteo de inconstitucionalidad articulado por el quejoso contra la declaración de reincidencia de su asistido, vale apuntar que la cuestión traída a estudio es esencialmente análoga a la resuelta por esta Cámara Nacional de Casación Penal en lo Criminal y Correccional en el precedente “Cajal”³ –el cual, a su vez, remite a los considerandos expuestos en “Obredor”⁴–, a la que me remito por razones de practicidad. En esa ocasión declaré la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, por entender que dicho instituto conculca los principios de igualdad ante la ley, de legalidad, de lesividad y de culpabilidad por el hecho (arts. 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como el de prohibición del doble juzgamiento y/o punición (art. 33 de la Constitución Nacional y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU).

Por lo tanto, en el caso traído a consideración, corresponde –a mi criterio– hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal y revocar la decisión aquí impugnada (artículo

³ CNCP, Sala III, causa n° 31507/2014, “Cajal”, rta. 14/8/15, jueces Magariño, Niño y Jantus (Reg 351/2015), Allí se hace remisión, a su vez, al precedente “Casal”, también de esta Cámara de Casación (registro n° 312/2015, rta. 4/8/2015).

⁴ CNCP, Sala III, causa n° 25833/2014 “Obredor”, rta. 4/8/15, jueces Jantus, Magariño y Niño (Reg. n° 312/2015)





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

475 del Código Procesal Penal de la Nación), por cuanto declaró reincidente a [REDACTED]

En tales términos me pronuncio ante el pleno de esta Sala.

El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:

1. El primer agravio de la defensa cuestiona la manera en que el tribunal *a quo* tuvo por probada la utilización de un cuchillo por parte de [REDACTED] en el hecho por el que resultó condenado, en tanto faltó una adecuada fundamentación de este aspecto de la sentencia y, a la vez, se violaron garantías constitucionales.

Según la parte recurrente, la decisión atacada se basó en la incorporación por lectura de las declaraciones de [REDACTED] prestadas en policía (fs. 10) y en la instrucción (fs. 127) sumadas “...*a una testigo de oídas, que adujo no haber observado la exhibición de elemento alguno...*”. La asistencia técnica de [REDACTED] invocó que no había sido notificada oportunamente de tales declaraciones, “...*lo que motivó la oposición por no haber tenido la oportunidad de controlar dicha prueba...*” (cfr. fs. 376 vta. / 377). Indicó que en el caso, se configuraba una clara violación al “...*derecho de interrogar a un testigo de cargo y controlar el acto en que se llevó a cabo su testimonio...*” y citó en su apoyo los arts. 14.3.e PIDCyP y 8.2.f, CADH. También consideró aplicable al caso, la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “**Benítez**” (causa B.1147.XL, sentencia del 12 de diciembre de 2006; fs. 378).

Afirmó que la comprobación de la exhibición del cuchillo por parte de [REDACTED] “...*tuvo como fuente decisiva las manifestaciones de [REDACTED] sin que el resto de la prueba resulte suficiente por sí sola para tener por cierta tal circunstancia, con lo que sin dudas tuvo carácter de prueba dirimente...*” (fs. 379 vta.). Repasó la declaración de [REDACTED] a la que calificó como una mera testigo de oídas, pues no había visto el cuchillo “...*limitándose a afirmar que*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

Christian fue el que le comentó la existencia...” de aquél. Descartó también los testimonios de Gustavo Mario Frías y Marcelo Orta. Agregó que *“...se le haya secuestrado un cuchillo a mi asistido tampoco implica su exhibición durante el hecho...”*. En definitiva, si se suprimía hipotéticamente las declaraciones de [REDACTED] *“...la prueba restante a la que echó mano el Tribunal no permite tener por probada con la certeza que exige una sentencia condenatoria el agravante que se trata...”* (fs. 380).

2. Según el acta de debate, el fiscal general, ante la ausencia del aquel testigo, *“...y ya que será imposible su comparecencia por haber abandonado el país, solicita la incorporación por lectura de las declaraciones de fs. 9/10 y 127. La defensa se opone a la incorporación ya que en ningún momento a lo largo del proceso se pudo corroborar el testimonio ya que la declaración en sede policial e{s} lo único que hay y la declaración de fs. 127 no fue notificada a la defensa y esto viola el derecho de defensa y el pacto de los derechos civiles y políticos. Formula reserva. Acto seguido el Tribunal resuelve que de acuerdo al fallo ‘Benítez’ de la CSJN se habrá de incorporar la declaración del testigo, sin perjuicio de tener presente las reservas del caso...”* (cfr. fs. 325 vta.).

3. La sentencia consideró probado el hecho ocurrido el 5 de diciembre de 2014, cerca de la 1.50 hs. de la madrugada, con las declaraciones de [REDACTED] y [REDACTED] *“...Ambos damnificados declararon en forma testimonial. [REDACTED] lo hizo en la prevención y ante el Juez de Instrucción, no pudiendo concurrir al debate por haber regresado a su país de origen...y, [REDACTED] sí habló en la audiencia. Recordó que los dos desconocidos –un hombre y una mujer- en horas de la noche los sorprendieron. Que el hombre fue el que los golpeó reiteradamente y que con un cuchillo, según comentó en todo momento [REDACTED] lo amenazó constantemente. Que si bien no vio dicho elemento ya que casi todo el tiempo estuvo contra la*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

pared presionada por la agresora, su compañero al relatar su parte del episodio, se lo mencionó siempre. También recordó que le habían sustraído efectos a aquél y dinero. La otra víctima en sus deposiciones testimoniales se expresó en similar forma, en cuanto fueron asaltados por un hombre y una mujer, siendo el primero de ellos quien lo redujo, lo amenazó con un cuchillo, lo golpeó reiteradamente y le sustrajo efectos...” (sentencia, fs. 349 vta.).

A estos elementos, el tribunal *a quo* agregó “...el testimonio del policía Frías en la audiencia. Relató que lo anoticiaron de lo sucedido, en la forma antes expuesta, siguiendo a los autores del hecho por donde se habían ido, perdiéndolos de vista...”. Tras dar con ellos, logró detener a uno, el hombre, al que pudo reducir. “...Recordó que fue identificado por los damnificados que se acercaron al lugar y que se le incautó al detenido de sus bolsillos parte de lo sustraído, entre lo que se encontraba el documento de identidad de la víctima y partes de un cuchillo tipo serrucho...”.

Finalmente, valoró para tener por acreditado este hecho “...las fotos del lugar, la de los efectos incautados y los informes médicos que acreditan las lesiones de ambas víctimas y del preventor...” (fs. 349 vta. / 350).

4. Del resumen efectuado, en primer lugar, corresponde decidir si la incorporación por lectura de las declaraciones de [REDACTED] recibidas durante la instrucción, sin control de la defensa y sin posibilidad de interrogarlo, implicó la violación del derecho del imputado a interrogar a un testigo de cargo y controlar el acto respectivo, según lo denunciado por la defensa; y, de acuerdo con la respuesta que se brinde, debe resolverse si el empleo de un cuchillo por parte de [REDACTED] ha sido correctamente probado por los colegas de la instancia anterior.

a. Los supuestos que autorizan la incorporación por lectura de las “...declaraciones testimoniales...” contenidas en los incs. 3 y 4





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

del art. 391, CPPN, o los casos donde la incorporación se disponga sin acuerdo de partes, según el régimen del ordenamiento vigente, deben ser interpretados a la luz de las disposiciones de los arts. 14.3.e PIDCyP y 8.2.f, CADH que consagran el derecho del imputado a confrontar a los testigos de cargo.

Según se resumió (punto 2), la decisión de incorporar por lectura la declaración del testigo [REDACTED] se basó escuetamente en el fallo “**Benítez**” de la Corte Suprema. Sin perjuicio de las limitaciones expuestas en otras sentencias para extraer de la jurisprudencia del máximo tribunal reglas generales (ver por todos, el caso “**Habiaga**”⁵), lo cierto es que los colegas de la instancia anterior no indicaron qué alcance brindaban a ese fallo ni expusieron las razones por las cuales lo consideraban aplicable en el presente. En definitiva, no explicaron ni brindaron ningún argumento para justificar la restricción del derecho de defensa en juicio que implicaba la incorporación por lectura de las manifestaciones de [REDACTED] sin el acuerdo de la asistencia técnica del imputado.

Asimismo, se advierte que al valorar estas declaraciones incorporadas por lectura al debate, en la sentencia ninguna referencia se hace a la necesidad de analizarlas con mayor cautela, en virtud de su menor valor epistemológico, producto de su falta de control y que eran incorporadas sin respetar el principio de inmediación. Tampoco los jueces de la instancia anterior explicaron las razones por las cuales era posible fiarse de esos dichos pese a las falencias que presentaban consecuencia de la manera en que fueron incorporados.

Por otro lado, se advierte que desde el principio de la investigación se contaba con la información de que [REDACTED] era de nacionalidad alemana. Entonces, ante la posibilidad de que pudiera abandonar la Argentina, lo que en definitiva ocurrió (ver punto 2), incumbía a los órganos encargados de la persecución penal adoptar las

⁵ Sentencia del 21.11.16, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 934/16.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

medidas necesarias para que su testimonio fuera correctamente incorporado al debate (por ejemplo, a través de una instrucción suplementaria o con anterioridad, mediante la citación a la defensa cuando aquél declarara, explicando por anticipado los motivos que fundaban la realización anticipada de la audiencia).

Por lo tanto, se concluye que las declaraciones de [REDACTED] fueron incorporadas sin fundamento al debate.

b. El tribunal *a quo* tampoco desarrolló una argumentación adecuada para fundar el empleo del cuchillo: sin perjuicio de que su razonamiento partió de los dichos de [REDACTED] no justificó el valor que asignó a la declaración de la testigo [REDACTED] en tanto ella afirmó que no había visto cuchillo alguno y únicamente refirió que [REDACTED] le había manifestado tal circunstancia “...*en todo momento...*”. Tampoco relacionó el secuestro de partes de un cuchillo efectuado por el policía Frías ni explicó, mínimamente, los vínculos entre las fotos del lugar, la de los efectos secuestrados y los informes médicos, es decir, cómo todos estos elementos permitían arribar a la conclusión cuestionada. En este aspecto, el informe médico legal de fs. 83, incorporado por lectura en el debate, y que certifica las lesiones que presentaba [REDACTED] el 5 de diciembre de 2014, dice lo siguiente: “*Al momento del examen físico externo presenta equimosis en región frontal lado izquierdo, hemorragia subconjuntival en ojo izquierdo, cefalohematoma en región occipital línea media, cefalohematoma y excoriaciones en región retroauricular izquierda, excoriaciones en labio superior lado izquierdo caras interna y externa, pequeña excoriación en dorso de cuello lado izquierdo, hematoma en cara externa de brazo derecho tercio medio, equimosis en cara posterior de antebrazo derecho tercio medio, excoriaciones en dorso de dedo índice de mano derecha y cara radial del pulgar de mano derecha, equimosis en cara interna de brazo izquierdo tercio medio, excoriación en pliegue de codo izquierdo, excoriaciones y gran*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

equimosis en región escapular derecha (omóplato), excoriación en cara anterior de rodilla izquierda, excoriaciones en dorso de pie izquierdo, todo producto del golpe, choque o roce, con o contra superficie dura, filosa o rugosa, data aproximada menor a 24 horas, curación e incapacidad laborativa menor a un mes de no mediar complicaciones...”. Como puede apreciarse, la mera cita de este informe es insuficiente para afirmar la vinculación las distintas lesiones con el uso de un cuchillo, máxime cuando la misma sentencia afirma que [REDACTED] fue *amenazado* con él (ver punto 3, primer párrafo de este voto).

Es que, tal como se dijo en el precedente “**Escobar**”⁶, la fundamentación de la cuestión fáctica de la sentencia debe constituir un procedimiento intersubjetivo, verificable, que permita reconstruir y revisar críticamente los pasos individuales realizados por el juez en el momento de valorar la prueba. En el caso particular, esta regla exigía cuanto menos, una mínima explicación que reconstruyera el empleo del cuchillo, es decir, que explicara el valor asignado a cada una de las pruebas y los motivos que vinculaban las fotos, los informes médicos, y lo dicho por cada uno de los testigos válidamente incorporados al debate. Por el contrario, la sentencia se limitó a enumerar escuetamente las pruebas colectadas.

c. Por otro lado, la reconstrucción del hecho sin las declaraciones de [REDACTED] impide afirmar el empleo del cuchillo. Se cuenta con una testigo que no observó tal utilización [REDACTED], el policía que detuvo a [REDACTED] y halló un elemento de esa naturaleza partido y una multiplicidad de lesiones de las cuales ninguna se puede afirmar que fueron producidas con un cuchillo (máxime, como se dijo, que la misma sentencia afirma que [REDACTED] fue *amenazado* con ese objeto). Este análisis revela que existe entonces una *duda razonable*

⁶ Sentencia del 18.06.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 168/15.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

sobre esta circunstancia del hecho en los términos expuestos en los precedentes “**Taborda**”⁷, “**Marchetti**”⁸ y “**Castañeda Chávez**”⁹ (entre muchos otros), en cuanto a la efectiva utilización de un cuchillo por parte de [REDACTED] en el hecho, conclusión a la que se llega analizando las pruebas válidamente reunidas, es decir, excluyendo los dichos de [REDACTED]. En este sentido, duda razonable significa duda razonada, o mejor, duda justificada razonablemente, donde “razonable” equivale a carente de arbitrariedad. La consistencia de la duda no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena; y a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria.

5. En definitiva, en cuanto a la forma en que el tribunal *a quo* interpretó el art. 391, CPPN y la manera en que consideró probado el empleo de un cuchillo, se advierte tanto una errónea interpretación de la ley como un caso de arbitrariedad por insuficiente fundamentación de la sentencia, respectivamente (art. 456, incs. 1º y 2º, CPPN). Asimismo, el análisis de la prueba válidamente incorporada lleva a descartar el empleo de un cuchillo en el hecho por la presencia de una duda razonable.

6. Lo resuelto en el punto anterior, torna abstracto el tratamiento del agravio relacionado con la errónea aplicación del art. 166, inc. 2º, CP (punto V.2, fs. 380 vta. del recurso en estudio), pues lo dicho conduce a modificar la calificación del hecho por la de robo simple.

En consecuencia, y si mis colegas compartieran el criterio, corresponde proceder a la determinación de una nueva pena.

⁷ Sentencia del 02.09.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 400/15.

⁸ Sentencia del 02.09.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 396/15.

⁹ Sentencia del 18.11.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 670/15.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

7. En cuanto al grado de consumación del suceso, se comparte el análisis efectuado y la conclusión a la que arriba el juez Luis Niño en el punto 3 de su voto.

8. Con respecto a la declaración de reincidencia, el tribunal *a quo* indicó: “...Conforme a lo normado por el artículo 50 del Código Penal y en atención a que el imputado ya cumplió pena privativa de la libertad, es que corresponde declararlo reincidente...” (punto cuarto, fs. 351 de la sentencia). Por su parte, la defensa no ha rebatido ni se ha hecho cargo de las afirmaciones del tribunal *a quo* en tanto se limitó a indicar que debió considerarse el cumplimiento de dos tercios de la condena para declarar la reincidencia pero omitió referencia alguna al caso concreto. Al mismo tiempo, en la presentación efectuada en el término de oficina (fs. 406 y sigs.) y en la audiencia de fs. 418, alegó una arbitraria interpretación del significado jurídico de la expresión “...cumplimiento parcial de pena...” (art. 50, CP) e indicó “...que había iniciado los trámites para certificar...” el avance de ██████ en el régimen de la ley 24.660 durante su anterior condena pero, a la postre, ninguna información aportó ni fundó adecuadamente el agravio. Sólo efectuó una vaga referencia a la búsqueda de los antecedentes pertinentes, sin que en definitiva los aportara, todo lo cual conduce al rechazo de este planteo.

En cuanto a la constitucionalidad del instituto, cabe remitirse, a los argumentos sostenidos en los precedentes “**Giménez**”¹⁰, “**Salto**”¹¹ y “**Medina**”¹² (entre muchos otros). Allí se concluyó que la cuestión se encuentra provisoriamente saldada en el ámbito judicial por diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en lo sustancial se han referido, de manera invariable, a este tema:

¹⁰ Sentencia del 10.7.15, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 238/15.

¹¹ Sentencia del 27.8.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 374/15.

¹² Sentencia del 3.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 406/15.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

“Gómez Dávalos” (Fallos 308:1938, del 16 de octubre de 1986), “Gelabert” (Fallos 311: 1209, del 7 de julio de 1987), “Valdez” (Fallos 311:522, del 21 de abril de 1988), “L’Eveque” (Fallos 311:1451, del 16 de agosto de 1988), “Gramajo” (Fallos 329:3680) y fundamentalmente “Arévalo” (causa A.558.XLVI, del 27 de mayo de 2014). Estos precedentes muestran que la Corte Suprema ha mantenido desde 1986 una línea constante, en donde se ha pronunciado por la constitucionalidad del instituto, rechazando que afecte el principio de culpabilidad, el *ne bis in ídem* y la igualdad ante la ley.

10. Corresponde entonces hacer lugar parcialmente al recurso de casación planteado, casar el punto II de la sentencia recurrida y modificar la calificación allí dispuesta de robo con agravado por el uso de armas por la de robo simple. Sin costas (arts. 14.3.e PIDCyP y 8.2.f, CADH; 391, 456 inc. 1 y 2, 470, 471, 530, 531 sigs. y concs., CPPN).

El juez Morin dijo:

1.- El primer agravio esgrimido por el recurrente pretende demostrar que la sentencia cuestionada incurrió en una arbitrariedad en la fundamentación con relación al uso de un arma impropia y en la incorporación por lectura de las declaraciones testimoniales brindadas por el damnificado [REDACTED] durante la instrucción.

En primer término, y en lo referente a la incorporación por lectura a la que hace mención la defensa en su impugnación, cabe decir que el art. 391, inc. 3º, CPPN habilita expresamente este tipo de procedimiento en casos como el de autos; es decir, cuando la persona citada *estuviere ausente del país*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya se ha pronunciado en el fallo “Benítez” sobre de la posibilidad de valorar estos testimonios, en el sentido de que el “procedimiento de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

‘incorporación por lectura’ (...) *bajo ciertas condiciones* bien puede resultar admisible” (sin bastardilla el original).

De tal modo, el máximo tribunal ha convalidado la constitucionalidad del procedimiento previsto en el art. 391, CPPN.

Empero, ha supeditado la utilización de los testimonios incorporados al juicio mediante tal procedimiento al cumplimiento de una *doble condición*, que deberá evaluarse caso por caso por los tribunales.

El primer recaudo es que la defensa debe tener “la posibilidad de controlar (la) prueba”, pues, sin tal oportunidad se produce una lesión al derecho de defensa, y, en consecuencia, al debido proceso. Concretamente, la Corte expuso que “el derecho de examinación exige que el imputado haya tenido una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra”, destacando que “lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado”.

En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que si la condena del imputado está basada solamente, o principalmente, *en la declaración de un testigo que el acusado no ha podido interrogar en ninguna etapa del procedimiento*, entonces sus derechos de defensa han sido indebidamente restringidos¹³.

La segunda condición radica en que el tribunal de juicio no puede fundar la sentencia de condena “*en prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad adecuada de controlar*, en desmedro del derecho consagrado por los arts. 8.2.f, de la Convención

¹³ “If the conviction of a defendant is solely or mainly based on evidence provided by witnesses whom the accused is unable to question at any stage of the proceedings, his defence rights are unduly restricted” (Cfr. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las causas “Unterpertinger v. Austria”, del 24/11/1986 y “AlKhawaja amd Tahery v. The United Kingdom Judgment”, del 9/11/11).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

Americana sobre Derechos Humanos, y 14.3.e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”.

En el precedente en cuestión se sostuvo que *“resultaba más que razonable que la defensa reclamara la posibilidad de interrogar ante los jueces del debate, al menos (...a los testigos que) constituían la base principal de la acusación”* (sin bastardilla el original). Es decir, el testimonio incorporado por lectura no puede erigirse como la única prueba de cargo que sustenta la condena.

Así las cosas, en el marco de la imputación dirigida contra [REDACTED] [REDACTED] se desprende que la doble condición a la que aludió la Corte Suprema se ha cumplido en el caso concreto respecto del testigo [REDACTED]

En primer lugar, porque la defensa de [REDACTED] tuvo la posibilidad de controlar la prueba de cargo a la que alude la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que al momento de la declaración testimonial de [REDACTED] ante el juez de instrucción, el imputado ya contaba con la asistencia letrada del defensor oficial Leonardo Fillia, quien había estado presente durante la declaración indagatoria (cfr. fs. 101/102vta.).

En virtud de ello, ya habiendo tomado intervención en el caso, no existían obstáculos para que la defensa concurriera a la presenciar la declaración testimonial que con posterioridad prestó el damnificado ante la judicatura (cfr. fs. 127/vta.)

Por otra parte, la declaración del testigo [REDACTED] no se erige como la única prueba de cargo en contra de [REDACTED]

Como se adelantó, se observa que concurren en el caso distintos elementos que conducen a sostener tanto la materialidad del hecho como la participación de [REDACTED] en él, tal como lo hizo el tribunal *a quo*.

Precisamente, a fs. 29, obra un informe pericial practicado respecto de las dos piezas del cuchillo que fueron secuestradas a





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

██████████ al momento de su aprehensión, cuyas fotografías se exhiben a fs. 30 y 35. Asimismo, el informe médico legal de fs. 83 –practicado el día del inicio del presente sumario– detalla las lesiones que presentaba ██████████ y especifica que aquellas fueron producto de “golpe, choque o roce con o contra superficie dura, *filosa* o rugosa, *data aproximada menor a 24 horas*” (sin resaltado el original).

A ello se suman las declaraciones testimoniales prestadas por ██████████ y Gustavo Mario Frías durante el debate. La primera, relató –entre otras cuestiones– que se encontraba con ██████████ al momento del hecho y que aquél le refirió que el imputado poseía un cuchillo tipo serrucho, al mismo tiempo que mencionó las lesiones y la sangre que exhibía su acompañante cuando sucedió el acontecimiento que dio origen a la presente causa.

El segundo, por su parte, fue quien redujo a ██████████ y procedió al secuestro de ambas partes del aludido elemento.

Satisfecha entonces la doble condición exigida por la Corte respecto del testimonio de ██████████ en tanto la defensa ha tenido oportunidad de controlarlo y no constituye la única prueba de cargo que sustentó la atribución de responsabilidad, resulta posible su valoración en el marco de la condena dictada respecto de ██████████

En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar el agravio introducido por la defensa en lo que a este punto se refiere.

2.- En cuanto al segundo agravio, destinado a evidenciar una errónea aplicación de la agravante contenida en el art. 166 inc. 2º, primer párrafo, CP, considero que no asiste razón al recurrente.

Ello así, porque, a mi criterio, y tal como lo sostuve en el precedente “Lagos”¹⁴, el cuchillo tipo “tramontina” utilizado por ██████████ ██████████ encuadra en el concepto de “arma” al que alude el tipo penal bajo análisis, por cuanto, amén de haber aumentado el

¹⁴ Causa n° 1062/2013/TO1/CNC1 “LAGOS, Carlos Ariel y otros s/ robo agravado” (reg. n° 663/16).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

poder ofensivo del agente, creado un peligro mayor para la víctima y menguado su capacidad de oposición o defensa, es un elemento pasible de ser encuadrado en la doble categoría de arma blanca –es decir: arma en sentido estricto– y utensilio destinado para comer.

3.- En lo atiente al tercer agravio de la defensa, titulado en el recurso como “tentativa”, coincido con las valoraciones realizadas por el colega Niño en el punto 3 de su voto y, por tanto, adhiero a la solución allí propuesta.

4.- Por otra parte, la recurrente alegó una falta de fundamentación en el juicio de determinación de pena.

Cabe destacar que el monto de pena que el tribunal le impuso a [REDACTED] resultó plausible, pero no así la valoración de los antecedentes condenatorios que registraba el nombrado como una circunstancia agravante para fijarle el *quantum* punitivo.

Tal como sostuve en los precedentes “Soplan”¹⁵ y “Pizzutto”¹⁶ de esta Cámara, el límite máximo de la pena a imponer en el caso concreto está dado por la culpabilidad del autor a raíz del injusto cometido.

Así, de acuerdo a la doctrina emanada del precedente “Gramajo”¹⁷ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el

¹⁵ Causa n° 23135/2014/TO1/CNC1 “Sóplan, Aldo Javier s/ recurso de casación” (reg. n° 820/2016).

¹⁶ Causa n° 38327/2014/TO1/CNC2 “PIZZUTTO, Lucas Damián s/ recurso de casación” (reg. n° 876/2016).

¹⁷ Cfr. CSJN, “Gramajo”, Fallos 329:3680.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad, sino la conducta lesiva llevada a cabo”².

En esta misma línea, el fallo “Maldonado”¹⁸ del mismo tribunal estableció que “la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia (...) No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor”.

En consecuencia, las cuestiones de prevención especial que, según dicha doctrina, pueden operar como “correctivo” al imputado, de ningún modo podrán superar el límite marcado por la culpabilidad del autor en el caso concreto¹⁹.

Dicho de otro modo: la culpabilidad establece el límite máximo de pena a imponer en el caso concreto y las cuestiones de prevención especial, eventualmente servirán de base para disminuir dicho *quantum* punitivo. Esto es, en el supuesto de que la persona no registre antecedentes.

En el caso contrario, tal como lo sostuve en numerosos precedentes que tuve que resolver en el Tribunal Oral en lo Criminal n° 7²⁰, los antecedentes condenatorios no deben constituir una pauta a tener en cuenta al momento de mensurar la pena a imponer.

¹⁸ Cfr. CSJN “Maldonado, Daniel Enrique”, rta. 7/12/05.

¹⁹ Cfr. Ziffer, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, Ad-Hoc, 2° ed., Buenos Aires, Buenos Aires, 2013, p. 155/158. Esta autora propone valorar, bajo ciertas condiciones, la existencia de antecedentes condenatorios como atenuante.

²⁰ Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, causas n° 4460 “Orellana”; n° 3967 “Miño”, n° 4509 “Luases y otros”, entre muchos otros.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

Estos parámetros, claramente, no han sido seguidos en el caso bajo examen, pues los jueces tomaron los antecedentes condenatorios que registraba [REDACTED] como una circunstancia para agravar su situación.

En este contexto, la fundamentación del *a quo*, a la luz de la doctrina emanada de los precedentes citados anteriormente implica una errónea interpretación y aplicación de la ley sustantiva, en los términos del art. 456 –inc. 1º–, CPPN.

Pese a ello, resultó adecuado el monto de pena impuesto a [REDACTED] que se elevó en un año del mínimo previsto para el delito atribuido.

Cabe mencionar, en este sentido que el tribunal, además de tomar en cuenta los antecedentes condenatorios del incuso, valoró las innumerables lesiones provocadas a los damnificados para cometer el ilícito, las que resultaban innecesarias toda vez que aquellos no habían opuesto resistencia al robo.

De lo reseñado, se advierte que la alusión del tribunal a que el hecho delictivo se llevó a cabo con violencia resultó pertinente y ajustado a las circunstancias que rodearon al caso.

Por ello, pese a que considero adecuado descartar el agravante de los antecedentes condenatorios que registraba [REDACTED] entiendo que de todas formas el monto de pena no luce desproporcionado y merece mantenerse.

5.- En lo que hace al agravio relativo a la declaración de reincidencia, coincido con lo puntualizado con el colega Sarrabayrouse; ello en tanto las deficiencias del recurso conducen sin más al rechazo del planteo acercado a esta instancia.

Sin perjuicio de lo expuesto, la crítica relacionada con el tiempo sufrido como condenado requerido para considerar que ha habido cumplimiento parcial de la pena anterior, fue expresamente resuelta en





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

el fallo “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En lo que aquí interesa, allí se dijo:

“5°) Que, a juicio del Tribunal, el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida.

Es suficiente, entonces, contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de libertad, *independientemente de su duración*, ya que el tratamiento penitenciario es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena. Es cierto que podrían presentarse supuestos extremos en los que la escasa magnitud de la pena cumplida ofreciera alguna dificultad en la solución, pero esta hipótesis no pasó por alto en el debate parlamentario, donde el senador De la Rúa expresó: ‘Entendemos que esto no es del todo claro para ciertas situaciones intermedias, límites o excepcionales cuando, por ejemplo, el tiempo de cumplimiento parcial es muy breve, casi insignificante. *Con todo, refirma el sistema de reincidencia real que se adopta.* Hay que reconocer que el juez puede tener cierta elasticidad para situaciones excepcionales cuando, por ejemplo, se trata de una diferencia de un solo día o incluso pocos días de prisión...’ (Diario de Sesiones de la H. Cámara de Senadores de la Nación, 15 de febrero de 1984, pág. 578).

6°) Que, sin dejar de recordar que la norma no ha impuesto un plazo mínimo de cumplimiento efectivo, dando lugar a que el intérprete establezca su alcance, corresponde puntualizar que esta Corte no comparte la interpretación propuesta por la defensa porque





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

ella conduciría prácticamente a eliminar la reincidencia de nuestro derecho positivo (...).

(...) Por otra parte, si la reincidencia dependiera de la existencia de suficiente tratamiento anterior, podría discutirse siempre no sólo la circunstancia misma de la efectiva aplicación de dicho tratamiento en el caso, sino también su idoneidad a los fines de la resocialización del individuo en particular, con lo que se desvirtuaría el régimen de la ley, *que ha considerado suficiente el dato objetivo de la condena anterior*, con el único requisito de que haya mediado cumplimiento total o parcial” (sin bastardilla en el original).

La tesis de la Corte, conforme a la cual, el solo dato objetivo de la condena anterior resulta suficiente para concluir que concurre el requisito de cumplimiento parcial de la pena anterior, sin condicionamientos vinculados a un tiempo de duración específico o a un avance determinado en el tratamiento penitenciario fue ratificado, dos años después de “Gómez Dávalos”, en “Gelabert” (Fallos 311:1209), fallo en el que se reiteró el criterio según el cual sólo se requiere “...el antecedente objetivo de que la haya cumplido total o parcialmente, independientemente de su duración”.

Sobre esta base, y toda vez que, como se afirma en la sentencia impugnada, [REDACTED] cumplió pena como condenado, corresponde concluir que ha sido correcta la interpretación del *a quo*, ya que ha existido cumplimiento parcial de la pena en los términos del art. 50, CP y, por añadidura, es correcta la declaración de reincidencia.

6.- En virtud de lo expuesto, voto por RECHAZAR el recurso de casación interpuesto, en todo en cuanto fue materia de agravio.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría

RESUELVE:





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 73831/2014/TO1/CNC1

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto, en todo en cuanto fue materia de agravio; sin costas (arts. 456, 463, 465, 468, 469, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

EUGENIO
SARRABAYROUSE

LUIS F. NIÑO

DANIEL MORIN

PAULA GORSO
Secretaria de Cámara

