



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 69269/2013/TO1/CNC2

Reg. n° 709/2015

En la ciudad de Buenos Aires, a un día del mes de diciembre del año dos mil quince, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Gustavo A. Bruzzone, Eugenio C. Sarrabayrouse y Daniel E. Morin, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 288/306 vta. por la defensa oficial de Sebastián Ezequiel Alejandro Giancarelli; en la presente causa n° 69.269/13, caratulada “**Giancarelli, Sebastián Ezequiel s/robo...**”, de la que **RESULTA:**

I. Por decisión de fecha 17 de diciembre de 2014, cuyos fundamentos fueron dados a conocer el 29 de ese mismo mes, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 15 de esta ciudad resolvió, en lo que aquí interesa: “**I) CONDENAR a Sebastián Ezequiel Alejandro GIANCARELLI Ó GIANCARDELLI o Marcelo Ignacio NAVARRO o Leandro Alberto POSSE [...]** por considerarlo autor material y penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido con arma, **A LA PENA DE CINCO AÑOS DE PRISIÓN [...]. II) DECLARAR REINCIDENTE a Sebastián Ezequiel Alejandro GIANCARELLI [...]** **III) REVOCAR LA LIBERTAD CONDICIONAL otorgada al nombrado [...]** con fecha 13 de junio de 2012 por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 1 respecto de la pena única de tres años y nueve meses de prisión, recaída en la causa N° 3472 del Tribunal Oral en lo Criminal N° 30...”.-

II. Contra esa sentencia interpuso recurso de casación la Dra. Norma Bouyssou, Defensora Pública Oficial ante los Tribunales Orales, el que fue concedido a fs. 307/8 y mantenido en esta instancia a fs. 316.

La recurrente encauzó su remedio casatorio por la vía de ambos incisos del art. 456, CPPN, indicando como principal motivo de agravio que la sentencia atacada presenta una fundamentación aparente y contradictoria, en tanto se ha efectuado una valoración de la prueba contraria a las reglas de la sana crítica que impide calificarla como acto jurisdiccional válido (arts. 398 y 404, 2° párrafo del C.P.).-

Asimismo, entendió que el tribunal de juicio ha aplicado erróneamente el art. 166, inc. 2° del Código Penal de la Nación, ya que a su criterio no se dan en el caso los elementos objetivos previstos en la norma citada; como así también los arts. 13, inc. 4°, 15, 16 y 50 del mismo cuerpo legal, destacando que se ha revocado la libertad condicional de su asistido sin que la titular de la acción penal lo solicitara.

Respecto de la primera cuestión, vinculada a la arbitraria valoración de la prueba, la defensa comenzó su exposición alegando que en el fallo en estudio se ha reconstruido el hecho recurriendo a testimonios que resultan incompatibles y contradictorios entre sí. Esta circunstancia, adujo, impediría tener por cierto no sólo la autoría de Giancarelli en el hecho investigado, sino además la utilización de un arma blanca, la participación de tres personas y la consumación del episodio.

En tal sentido, destacó que los dichos de la supuesta víctima y del personal policial que intervino en la aprehensión de su defendido difieren en cuestiones relevantes, y que frente a ello resulta imposible arribar al grado de certeza que se exige para el dictado de una sentencia condenatoria, no sólo respecto de la autoría sino también de la agravante por la que fue condenado Giancarelli. Y, es justamente la omisión en valorar las inocultables contradicciones de estos dos testimonios lo que, a criterio de la defensa, torna a la sentencia en arbitraria.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 69269/2013/TO1/CNC2

Bajo esta línea argumental, remarcó que la arbitrariedad se ve reflejada por cuanto, por un lado, se tuvo por cierto que Giancarelli fue autor de la sustracción y que fue detenido en el marco de una situación de cuasiflagrancia, en base al testimonio del agente Díaz, que hizo referencia a un único autor, a una persecución ininterrumpida y a la ausencia de secuestro de un arma blanca, y por el otro, se tuvo por comprobado del mismo modo que su asistido exhibió una navaja, que fueron tres los autores y que el hecho fue consumado, echando mano al relato del testigo López, quien narró el episodio de forma disímil con el anterior, ya que habló de la participación de tres personas, de la utilización de un arma, de una persecución a bordo de un taxi y del secuestro del morral.

Explicó que mal podrían calificarse como lógicas las disímiles versiones de los declarantes, o justificarlas en el hecho de que cada uno de ellos observó distintos momentos del asalto, ya que la incompatibilidad entre ambas es notoria y no pueden ser convalidadas simultáneamente para reconstruir el suceso en cuestión.

Destacó puntualmente que la víctima dijo haber sido abordada por tres personas, una de las cuales (Giancarelli) le habría exhibido una navaja, y que al momento del arribo del personal policial los tres corrieron en la misma dirección, siendo que dos de ellos lograron darse a la fuga tras haberse desviado en trayectorias opuestas, mientras que su asistido fue finalmente aprehendido por el agente Díaz, quien instantes previos a la detención habría abordado un taxi para darle alcance al sujeto que perseguía.

Por otra parte, remarcó que el nombrado agente alegó que observó a una sola persona forcejeando con la víctima, y que ese individuo al advertir su presencia emprendió la fuga, frente a lo cual comenzó su persecución, siempre a pie, sin observar a otras personas corriendo a su alrededor. Explicó el preventor que en ningún momento lo perdió de

vista, y que al detenerlo no se le secuestró ningún arma blanca en su poder.

Frente a ello, se agravió la defensa por considerar que si se tienen por ciertos los dichos de Díaz por sobre los de López, entonces el hecho no podría exceder de un robo en grado de tentativa, ya que su testimonio impide sostener que se utilizó una navaja, o bien que intervino más de una persona o que el suceso resultó consumado.

En cambio, si se avala la versión de López sobre la de Díaz, no puede sostenerse que se trató de un hecho de cuasiflagancia o que Giancarelli haya sido uno de los autores, ya que fue perdido de vista por aquél, amén de que tampoco se le secuestró nada en su poder.

En relación al reconocimiento efectuado en la vía pública por López, argumentó la defensa que no se trató de una identificación verdadera sino de una mera conjetura, puesto que en su declaración dejó en claro que “creía que era él” porque a esa hora en la calle “no podía ser otra persona”.

Así, si a estas dos versiones contrapuestas sobre el mismo supuesto fáctico se le añade la que ofreció Giancarelli al momento de ejercer su descargo, oportunidad en la que negó rotundamente haber participado en el episodio que se le achaca, nos encontramos, a decir del recurrente, ante una imposibilidad insalvable de reconstruir el hecho que deriva necesariamente en la absolución del inculpado, por estricta aplicación del principio de inocencia y el *in dubio pro reo*.

Subsidiariamente, esgrimió que el marco de incertidumbre que se propicia debe tener implicancias en la subsunción legal del hecho, puesto que la incongruencia de los testimonios ya referenciados impide tener por cierta la participación de más de un individuo en el hecho, como así también la utilización de un arma blanca que, en rigor, no fue secuestrada.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 69269/2013/TO1/CNC2

En suma, consideró que el tribunal se ha apartado en este aspecto de las reglas que rigen la corrección del pensamiento humano para dar sustento lógico a la sentencia, lo que la tiñe de arbitraria y, por ende, nula en los términos del art. 123, CPPN.

Tras ello, la defensa se adentró en la crítica dirigida a la errónea aplicación del art. 166, inc. 2° del C.P., en el entendimiento de que no puede tenerse por configurada la agravante del tipo penal en cuestión habida cuenta que el elemento, mal considerado un arma por el tribunal, tampoco fue secuestrado.

En primer término, señaló que ni un cortaplumas ni una navaja encuadran dentro del concepto de arma, y que la equiparación efectuada por el *a quo* implicó una aplicación analógica *in malam partem* de la figura legal en juego. Citó doctrina y jurisprudencia en apoyo de su posición.

Luego, argumentó también que la ausencia de secuestro impide la aplicación del agravante, máxime si se atiende a que, conforme lo narrado por el policía, su asistido fue perseguido sin solución de continuidad. También en este sentido citó jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal.

En definitiva, consideró que no puede tenerse por acreditada la utilización de un arma, ya que no sólo no fue incautada sino que tampoco se conoce de qué clase de elemento se trató.

Por otro lado, tampoco a criterio del recurrente puede aplicarse el agravante de “banda”, puesto que más allá de la arbitraria valoración de la prueba por la que se agravió, en los registros fílmicos obrantes en la causa no se observan otras personas corriendo junto con su defendido.

En punto a la declaración de reincidencia, destacó que no se verifica el requisito temporal necesario para su declaración. En tal

sentido, hizo una remisión al criterio desarrollado por los Dres. Zaffaroni y Elbert en el conocido plenario “**Guzmán**” de la Cámara Criminal y Correccional, en el sentido de que el cumplimiento de los dos tercios de la pena anterior era el mínimo relevante de la eficacia del cumplimiento de pena en cuanto tratamiento y el que mejor se corresponde con el principio de readaptación social que emerge del art. 1 de la ley 24.660.

Finalmente, se agravió la defensa en torno a la errónea aplicación de los arts. 13, inc. 4º, 15 y 16 del C.P., en cuanto se dispuso revocarle la libertad condicional que le fuera concedida por el Juzgado de Ejecución Penal n° 1 en el marco del legajo n° 129.753 y respecto de la pena que le fuera impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 30.

Sobre este tópico, señaló que al momento en que se dispuso dicha revocación, la pena anterior se encontraba vencida, por lo que, no habiéndose dispuesto antes de que transcurriese el término de la condena, aquella debe considerarse agotada al alcanzarse esa oportunidad, resultando estériles para atacar esa extinción las comprobaciones posteriores o las tardías declaraciones de la concurrencia del incumplimiento de las cláusulas compromisorias.

Efectuando un paralelismo con el instituto de la prescripción, solicitó que se aplique en el caso la doctrina sentada por la CSJN en “**Reggi**”, en el sentido de que también para la revocación de la libertad condicional debe existir una condena por el nuevo delito pronunciada con anterioridad al agotamiento del periodo de prueba.

Cualquier interpretación contraria vulneraría según su criterio el principio de legalidad, pues la norma exige la comisión de un nuevo “delito” como causal de revocación y no un mero hecho por el cual se inicie un proceso penal.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 69269/2013/TO1/CNC2

Por último, consideró que el tribunal se ha excedido en su jurisdicción en tanto dispuso dicha revocación sin que la fiscalía lo solicitara.

En definitiva, por las consideraciones hasta aquí vertidas, solicitó en primer lugar que se disponga la libre absolución de su asistido por aplicación del *in dubio pro reo*. Subsidiariamente, se modifique la calificación legal de los hechos por la de robo simple en grado de tentativa, se declare la inaplicabilidad del instituto de la reincidencia y se deje sin efecto la revocatoria de la libertad condicional.

III. Puestos los autos en Secretaría por el término de diez días (art. 465, 4° párrafo, CPPN), se presentó el Defensor Oficial a cargo de la Unidad de Actuación n° 2 ante esta Cámara, Mariano P. Maciel, a ampliar fundamentos (fs. 328/342 vta.). En esa pieza, el letrado reeditó los planteos del remedio casatorio e introdujo un nuevo agravio referido a la inconstitucionalidad de la reincidencia.

Al respecto, luego de citar profusa jurisprudencia y doctrina sobre el tema, puntualizó que de acuerdo a nuestra legislación vigente y a los diversos instrumentos internacionales incorporados al bloque de constitucionalidad (art. 75, inc. 22, CN), el fin esencial de la pena es el de resocializar al condenado, siendo aquella una obligación estatal. Ergo, no resulta constitucionalmente admisible castigar al individuo por la falla del Estado en el tratamiento que debe suministrar a los ciudadanos que se encuentran privados de su libertad.

Del mismo modo, señaló que la imposibilidad de acceder a la libertad condicional, que es consecuencia directa del instituto aquí cuestionado, implica un obstáculo que impide al propio Estado verificar el resultado del tratamiento penitenciario aplicado durante el encierro, e implica una vulneración al régimen de progresividad al que están sometidas las penas privativas de libertad, pretendiendo que un

condenado pase abruptamente de un régimen cerrado a otro de plena libertad sin previa adaptación.

Desde otra perspectiva, argumentó que el instituto viola el derecho de igualdad ante la ley (art. 16, CN) puesto que una persona declarada multirreincidente sí tiene derecho a obtener la libertad condicional (art. 53, C.P.), pero no así un reincidente simple (art. 14, C.P.).

En síntesis, solicitó que se disponga la absolución de Giancarelli o bien que se modifique la calificación legal de los hechos por la de robo simple en grado de tentativa. Subsidiariamente, que se considere la inaplicabilidad al caso del instituto de la reincidencia contemplado en el art. 50, C.P., y que se anule parcialmente la sentencia en cuanto resolvió revocar la libertad condicional otorgada por el Juzgado de Ejecución Penal n° 1 en el legajo n° 129.753.

IV. El 10 de junio 2015, se celebró la audiencia prevista por los arts. 465 y 468, CPPN, a la que compareció el nombrado defensor oficial a expresar agravios, junto con su asistido Sebastián Ezequiel Giancarelli. Durante el acto, la defensa formuló los mismos cuestionamientos hasta aquí reseñados y pidió en iguales términos. Tras ello, se hizo pasar al estrado al imputado, a efectos de que el tribunal tome conocimiento directo de él en los términos del art. 41, C.P.

Finalizada la audiencia el tribunal pasó a deliberar, en uso de la facultad que le otorga el art. 469, CPPN, de todo lo cual se dejó constancia en el expediente. Efectuada la deliberación y conforme lo allí decidido, se resolvió del siguiente modo.

CONSIDERANDO:

El juez **Gustavo A. Bruzzone** dijo:

1.- Corresponde emprender el análisis de la sentencia recurrida partiendo de las críticas que la defensa dirige al modo en que fueron



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 69269/2013/TO1/CNC2

valoradas las diferencias que exhiben los testimonios del damnificado López y del preventor Díaz durante la narración de los hechos.

A criterio del recurrente, tales disímiles versiones sobre un mismo sustrato fáctico impiden una correcta reconstrucción histórica del hecho, circunstancia que repercute de manera directa sobre la atribución de responsabilidad a su asistido en relación a un episodio que, sobre la base de tales declaraciones, no puede tenerse por acreditado.

En virtud de lo expuesto, y por imperio del *in dubio pro reo*, la defensa solicitó en primer término la absolución de su defendido, por entender que no se encuentra comprobada, con la certeza apodíctica que exige una sentencia condenatoria, la participación de Giancarelli en la sustracción que ha sido denunciada.

2.- En el fallo impugnado, los jueces se han hecho cargo de las diferencias existentes en los testimonios que se cuestionan, pero a su criterio no alcanzan para derribar el cuadro cargoso construido en contra del acusado, porque fueron ponderadas de acuerdo al contexto en el que se fueron desarrollando los acontecimientos y al ámbito temporal de intervención de cada uno de los declarantes.

En este sentido, el tribunal consideró “...*lógicas las parcialmente disímiles versiones de los testigos, por cuanto cada uno observó distintos momentos del asalto que concita la atención del tribunal*” (cfr. fs. 274).

No obstante esa afirmación, la recurrente sostuvo que la incompatibilidad entre ambas versiones es notoria y que no pueden ser convalidadas de manera simultánea a la hora de tener por acreditada la materialidad del hecho del modo en que fuera descrito en la sentencia.

3.- Intervención material del acusado en el hecho

Pues bien, en primer lugar, y avocados estrictamente a la cuestión vinculada a la participación de Giancarelli en el episodio descrito, consideramos que el razonamiento desarrollado en la sentencia no luce arbitrario ni antojadizo como lo intenta figurar la defensa, sino que responde a una lógica interpretativa que se corresponde con el sistema de

la sana crítica racional que rige en materia de valoración probatoria (arts. 398 y 399, CPPN).

En este sentido, si bien existen diferencias que repercuten sobre otros aspectos de la sentencia que trataremos más adelante, lo cierto es que, en lo que concierne específicamente a la reconstrucción histórica del hecho y a la intervención material del acusado en él, los dichos de los testigos no lucen contradictorios ni carentes de adecuación entre sí, y el modo en que el tribunal los ha ponderado para concluir afirmando la responsabilidad penal de Giancarelli nos parece acertado.

En efecto, respecto de aquél tramo de la conducta en el que el acusado forcejeó con López hasta que logró arrebatarse el morral, no se advierten valoraciones parcializadas ni arbitrarias de la prueba producida durante el debate. En esencia, el testimonio del preventor Díaz que acudió a la escena por el llamado de una ocasional transeúnte resultó contundente, sin fisuras ni saltos lógicos en su explicación. Luego de ser alertado sobre la situación, concurrió al lugar indicado, observó el momento preciso en que Giancarelli forcejeaba con la víctima en el intento de despojarlo del morral, y una vez que aquél emprendió la fuga tras lograr su cometido, lo corrió sin perderlo de vista en ningún momento, hasta que pudo aprehenderlo en la intersección de las calles Perón y Boulogne Sur Mer de esta ciudad.

La víctima narró esa misma secuencia de manera concordante con el preventor, y en la sentencia han sido recogidos aquellos pasajes de su relato que permiten reconstruir el suceso en la forma antes descripta. De la transcripción de su testimonio que allí se plasmó, surge que “...*en el preciso momento en que la puestera grita ayuda a la policía, Giancarelli se puso a su izquierda y le empezó a tirar del morral, se partió la correa y salió corriendo...*” (cfr. fs. 266/vta).

De lo expuesto puede colegirse, tal como lo narrara el propio agente de la fuerza de seguridad, que Díaz fue alertado del episodio apenas unos instantes antes de que se produjera el forcejeo entre la víctima y el acusado, o cuanto menos de modo concomitante a él, y en virtud de ello se puede inferir, a través de las pruebas recabadas en el



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 69269/2013/TO1/CNC2

debate, que al momento de concurrir en auxilio del damnificado pudo haber observado razonablemente la participación de Giancarelli en el hecho, tal como lo describió en su relato.

Respecto al modo en que se habría llevado a cabo la persecución, se debe resaltar que el agente Díaz enfatizó en que fue “*siempre corriendo*” (fs. 268), y aunque la víctima haya manifestado que en un determinado momento el preventor abordó un taxi, lo cierto es que no se encuentra discutido el hecho de que, durante el seguimiento, sea ya a pie o a bordo del vehículo de alquiler, nunca perdió de vista al imputado.

En este orden, y en el intento de sembrar un marco de incertidumbre en torno a la intervención de su asistido, la defensa se ha esmerado en impugnar el reconocimiento impropio llevado a cabo por la víctima una vez que Giancarelli fue detenido a pocas cuadras del lugar, alegando que la afirmación de López de que “creía que era él” y que “no podía ser otra persona” relativizaba esa identificación y ponía en duda que efectivamente haya participado en el episodio, pero ningún argumento ha ofrecido para refutar la declaración del preventor, quien fue contundente al afirmar que, luego de verlo forcejeando con López, lo persiguió sin perderlo de vista hasta que logró su detención.

Esta circunstancia despeja todo tipo de duda respecto de que, quien abordó a López y le arrebató el morral, es la misma persona que resultó finalmente aprehendida a instancias del agente Díaz: Sebastián Ezequiel Giancarelli.

Y ello es así porque, como vemos, las críticas de la defensa se dirigen a un tramo posterior de los acontecimientos, ya que las supuestas inconsistencias en el relato de los testigos se vinculan exclusivamente con las circunstancias en las que se produjo la fuga de su asistido y de los restantes partícipes (lo que también se encuentra cuestionado), como así también a la posterior detención de Giancarelli y el reconocimiento espontáneo efectuado por la víctima, pero nada se ha dicho en torno al intervalo anterior para impugnar aquello que el agente Díaz percibió directamente a través de sus sentidos, al haber observado el momento

preciso del accionar ilícito desplegado por el individuo al que luego persiguió y aprehendió, sin solución de continuidad.

Los colegas de la instancia han relevado esta circunstancia a la hora de atribuirle responsabilidad al inculpado en orden a los hechos investigados, afirmando al comenzar la exposición del voto que lidera el acuerdo, que: *“aparece conveniente iniciar la tarea a partir de la detención del imputado producida bajo el supuesto de cuasiflagrancia a que alude la última parte del art. 285 del ceremonial, en tanto Giancarelli fue habido ‘inmediatamente después [de cometido el hecho] mientras es perseguido por la fuerza pública...o el clamor público; o mientras tiene objetos o presenta rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito’.* A lo que agregaron que: *“Dicho de otro modo, no puede soslayarse que la prevención procedió a la aprehensión del imputado al atender el pedido de auxilio por parte de ocasiones peatones que estaban en el lugar del hecho quienes, al advertir que el damnificado López estaba siendo víctima de un robo, dieron aviso al oficial Díaz quien se hallaba de facción en las inmediaciones del lugar, motivo por el cual, se acercó pudiendo observar como Giancarelli estaba forcejeando con el damnificado, por lo que procedió a perseguirlo hasta que finalmente y luego de una breve persecución procedió a su detención...”* (fs. 272 vta.).

Así, con independencia de las diferencias que surgen de ambos relatos en torno a cómo se desarrollaron los hechos luego de que Giancarelli emprendiera su fuga, lo cierto es que la afirmación categórica del agente Díaz, en cuanto dijo no haberlo perdido de vista en ningún momento, desde el forcejeo inicial con López hasta su final aprehensión, no ha sido contrarrestada por la defensa ni aparece reñida con el relato de la víctima, y en consecuencia opera como un elemento de cargo fundamental que ha sido bien considerado por el tribunal de juicio para tener por configurado el supuesto de cuasi-flagrancia que contempla la ley procesal, y que permite despejar la duda que la defensa



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 69269/2013/TO1/CNC2

intenta sembrar en relación a la intervención material de su asistido en el hecho.

En lo que respecta a ese tramo de la conducta, los relatos brindados por López y Díaz, lejos de resultar disímiles, guardan correspondencia entre sí, y aunque la argumentación del tribunal pueda resultar acotada en este punto, es cierto en definitiva que las descripciones que brindó cada uno obedecen a los distintos momentos que pudieron vivenciar del hecho.

En otro orden, las consideraciones expuestas por la defensa en torno al secuestro del morral de la víctima merecen especial atención.

Las declaraciones que respecto de este punto brindaron los testigos no evidencian discordancias relevantes que permitan descartarlas como prueba de cargo. La defensa ha centrado su refutación en un análisis fragmentado de los relatos, pero un estudio integral de ellos permite descartar los cuestionamientos que se les dirigen.

En tal sentido, ha argumentado la recurrente que los relatos de López y Díaz no se condicen en torno al lugar de secuestro del morral, pues según los dichos del agente Giancarelli fue aprehendido con el morral en su poder, mientras que de acuerdo a la versión de la víctima, el agente le habría preguntado si la persona detenida era el autor de los hechos porque al momento de proceder a su detención no llevaba ningún elemento que indicara que había participado en la sustracción.

No advertimos tales discordancias. En efecto, la víctima López narró durante el debate que *“el policía le dijo que el acusado reboleó su morral casi treinta metros más y que terminó a mitad de cuadra”* (fs. 265 vta.). Acorde con ello, a preguntas expresas de la defensa sobre el punto, el preventor Díaz contestó que *“[Giancarelli] ...lo tenía en la mano y cuando le dio la orden para que se pusiera contra la pared, lo soltó y lo dejó tirado en el piso”* (fs. 268).

Las transcripciones enunciadas permiten reconstruir la mecánica del suceso, concluyendo en que una vez que logró apoderarse del morral de la víctima, Giancarelli emprendió la fuga mientras era perseguido por el agente Díaz, quien tras una breve persecución le dio la voz de alto. En

ese instante, el acusado soltó (o “revoleó”) el morral y se procedió a su aprehensión. Queda claro que al momento de formalizarse su detención, Giancarelli no tenía el morral en su poder, pues se había desprendido de él en una fracción de tiempo anterior, en ocasión en que el agente de la fuerza policial que lo perseguía le ordenó que se detenga, lo que fue acatado por el imputado.

Frente a este cuadro, la versión exculpatoria ofrecida por Giancarelli carece de todo sustento probatorio, por cuanto fue el propio agente policial quien observó el momento preciso en que forcejeaba con la víctima, para luego darse a la fuga una vez que logró arrebatarse el morral, al advertir la presencia del agente Díaz en el lugar.

De esta manera, más allá de las manifestaciones que pudo haber vertido la víctima al momento de responder la pregunta que le formuló el agente una vez que Giancarelli se encontraba reducido, en el sentido de haber manifestado que “creía que era él” y que “no podía ser otra persona” por el lugar y el horario en el que se encontraban, lo que a criterio de la defensa relativiza ese reconocimiento espontáneo que sirvió como elemento de cargo para la atribución de responsabilidad, lo cierto es que el material probatorio hasta aquí relevado permite afirmar, fuera de toda duda razonable, la participación culpable de Giancarelli en el hecho investigado.

Y aunque los dichos del damnificado no hayan resultado categóricos en ese sentido, tampoco puede perderse de vista que la detención se produjo a tan sólo dos cuerdas del lugar de los hechos, y a instancias del mismo agente policial que acudió al auxilio de López, que, por lo demás, afirmó que en ningún momento perdió de vista al sujeto que perseguía. Ello determina que ese reconocimiento, aunque no fue concluyente, tampoco luzca irrazonable o descabellado al punto tal de quitarle todo valor convictivo.

Lo hasta aquí desarrollado es suficiente para tener por acreditada la intervención material de Giancarelli en el hecho y, en virtud de ello, para rechazar el recurso de la defensa en este aspecto particular.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 69269/2013/TO1/CNC2

Por último, no escapa de nuestra consideración que la recurrente ha remarcado otras contradicciones entre los declarantes que, a su criterio, ponen en crisis la argumentación del fallo, pero lo cierto es que aquellas no inciden sobre la cuestión que hemos tratado en este apartado, sino respecto de la calificación legal que corresponde aplicar al caso en estudio, por lo que habremos de analizarlas a continuación.

4.- Subsunción legal del caso.

Acreditada entonces la responsabilidad de Sebastián Ezequiel Giancarelli, corresponde avocarnos al encuadre jurídico penal otorgado a los hechos por el tribunal de juicio, y a las críticas que la defensa dirige a ese pasaje de la sentencia.

Sobre la utilización de un arma blanca

Sostuvo el recurrente que se ha aplicado erróneamente la agravante prevista en el inc. 2° del art. 166, CP, por cuanto la falta de secuestro del arma blanca denunciada por López impide tener por acreditada su utilización en el hecho y, eventualmente y sin perjuicio de ello, tampoco la descripción del objeto que brindó la víctima es suficiente como para que pueda ser considerado un “arma” a los efectos de agravar la conducta atribuida a su asistido.

Consideramos que asiste razón a la defensa en este punto, por cuanto no se encuentra suficientemente acreditada la existencia del elemento intimidante que fuera utilizado en el episodio según la narración de la víctima.

En efecto, sin ánimo de restarle credibilidad a los dichos de López, quien adujo que Giancarelli “*portaba una navaja, estando seguro que era un arma blanca ya que se la exhibió con el filo expuesto teniéndola a la altura de su ombligo apuntándosela a su estómago, en un claro gesto de amenaza*”, y brindó una descripción de “*que el filo de la hoja era prácticamente igual de largo que el mango, alrededor de unos 5 o 7 cm, medían casi lo mismo, y la hoja terminaba en punta con forma de flecha*”; no puede pasarse por alto, tal como lo remarcó la defensa, que tras una persecución ininterrumpida, en la que el agente Díaz dijo no haber perdido de vista en ningún momento al acusado, no

logró secuestrarse en su poder ningún elemento cortante como el que fuera descrito por la víctima. Y ello, a los efectos de la aplicación de la figura agravada de robo, resulta determinante.

Tampoco el agente dio cuenta de que Giancarelli se hubiera desprendido de algún objeto similar durante su trayecto de huida, ni mencionó haber visto el “arma” al momento de concurrir en auxilio de la víctima, pese a que observó el momento exacto del forcejeo entre aquél y el imputado. De hecho, ninguna referencia hizo el preventor en torno a haber emprendido la búsqueda del elemento en las inmediaciones del lugar en donde se produjo el hecho, la posterior fuga y finalmente la detención.

Por lo demás, debe repararse también que del relato brindado por López no se puede inferir que eventualmente alguno de los consortes prófugos se haya llevado consigo el objeto intimidante, pues de su testimonio durante el debate surge, a preguntas de la defensa en torno a la duración del hecho, que *“fue un minuto, fueron como pirañas cada uno atacando a un bien en particular y al mismo tiempo, **con excepción de Giancarelli que demoró unos segundos en tironearle el morral porque le estaba apuntando con la navaja**”* (el resaltado nos pertenece). Luego, agregó también que *“como el trecho en el que lo interceptaron era muy angosto, cuando los dos que le robaron de sus bolsillos y salieron corriendo el dicente trató de acomodarse porque se sintió intimidado por estar tan cerca del arma blanca”* (fs. 266).

De esta manera, la deducción del tribunal de que *“los prófugos bien pudieron llevarse consigo la navaja mientras Giancarelli forcejeaba con el asaltado”* (fs. 273 vta.), no se adecua a las constancias objetivas con las que se cuenta en la causa. Así, pese a la versión de la víctima, la falta de secuestro del “arma blanca” siembra una duda insuperable acerca de su existencia y utilización en el hecho, que no ha podido ser despejada con las pruebas recabadas durante el debate, por lo que se impone la aplicación del principio *in dubio pro reo* que opera en favor del acusado.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 69269/2013/TO1/CNC2

En otro orden, y de acuerdo a lo que ha argumentado el tribunal, la circunstancia de que un elemento filo-cortante no requiera peritación para verificar su poder vulnerante no es suficiente para superar el obstáculo que, desde el punto de vista de la aplicación de la agravante, representa su falta de secuestro, máxime frente a una descripción vaga e imprecisa del objeto como la que ha brindado la acusación fiscal en su alegato, que a todo evento impediría considerar seriamente de qué clase de elemento se está hablando, y si el mismo puede encuadrar dentro del concepto de “arma”.

En tal sentido, la Sra. Fiscal Palopoli basó su requerimiento en *“la descripción elocuente y clara del testigo, quien de alguna manera graficó gestualmente el tamaño, dijo que tenía forma de flecha, lo que implica que tenía doble filo...”*, pero concluyó afirmando que ***“como no la hemos habido, no sabemos propiamente si se trata de una navaja o arma blanca, o de un arma impropia, ya que puede haber sido una navaja casera, un arma tumbera, lo que sea se subsume de cualquier manera en la agravante del robo con arma.”*** (fs. 269/vta, el resaltado nos pertenece), lo que relativiza la imputación, convirtiéndola en carente de la certeza correspondiente como acusación y evidencia la orfandad probatoria sobre la que se apoya.

En definitiva, la falta de incautación del objeto determina la imposibilidad de aplicar al caso la agravante del art. 166, inc. 2º, CP, pues no sólo no se encuentra acreditado que efectivamente haya sido utilizado para perpetrar la sustracción, sino que aun cuando la versión de la víctima se estimare suficiente, tampoco se conoce con exactitud su naturaleza y características que permitan encuadrarlo dentro del concepto “arma” al que se hace referencia.

Sobre la comisión del hecho en lugar poblado y en banda

Durante su alegato, la fiscalía solicitó la condena de Giancarelli en orden al delito de robo doblemente agravado por su comisión con arma y en lugar poblado y en banda.

El tribunal consideró inaplicable la doble agravante solicitada por el Ministerio Público fiscal y, principio de especialidad mediante, aplicó la calificación de mayor severidad punitiva.

Descartada la agravante del art. 166, inc. 2º, CP, por los fundamentos expuestos en el apartado anterior, corresponde adentrarse en el análisis de la subsunción restante que, aunque no fue aplicada, también se tuvo por comprobada.

La defensa ha señalado al respecto que las diferencias existentes en los relatos de ambos testigos impiden concluir, más allá de toda duda razonable, que en el hecho intervinieron tres sujetos. Ello así, porque la víctima López expuso que los restantes intervinientes –que no pudieron ser habidos- corrieron en la misma dirección que Giancarelli, por delante de éste, quien a su vez era perseguido desde detrás por el agente Díaz, que no pudo dar cuenta de la fuga de otros sujetos, al punto tal que en su declaración durante el debate afirmó de manera rotunda que “*seguro no había otra persona*” (fs. 268).

Frente a ello, el recurrente se preguntó cómo podía ser posible que López, quien a su vez corría detrás del agente Díaz en el afán de recuperar sus pertenencias, haya podido observar la fuga de los restantes individuos que Díaz no pudo visualizar, pese a que corría por delante de él y con un panorama mas claro de la situación.

Sobre esta cuestión, cuadra señalar que la argumentación ofrecida por el tribunal, en el sentido de que los declarantes vivenciaron secuencias distintas del hecho, también explica las diferencias en sus relatos sin restarle consistencia a la imputación.

Es que de acuerdo a la descripción del hecho que brindó López, mientras los dos sujetos restantes lograron apoderarse de su billetera y su teléfono celular y emprendieron la fuga, Giancarelli permaneció en el lugar forcejeando con él para arrebatarle el morral, y fue recién en ese momento, es decir con posterioridad a que se retiraran los co-autores no habidos, cuando el agente Díaz fue advertido del hecho por un transeúnte.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 69269/2013/TO1/CNC2

De allí, es lógico concluir que al concurrir al llamado de auxilio, el agente sólo pudo visualizar el accionar de Giancarelli, a quien persiguió y detuvo a las pocas cuerdas, sin percatarse de que existían otros intervinientes que, en ese momento, ya se habían fugado del lugar del hecho.

En refuerzo de esta postura, se debe destacar que López dijo que cuando vio desaparecer a los otros dos intervinientes, se encontraba a una distancia aproximada de setenta metros. Y si se tiene en cuenta que la víctima corrió detrás del agente Díaz inmediatamente de iniciada la persecución, entonces es dable concluir que entre Giancarelli y sus consortes prófugos existía una distancia considerable que justifica que el preventor no se haya percatado de la fuga de aquellos, máxime si hasta ese momento no conocía que en el hecho había intervenido más de una persona.

En virtud de lo expuesto, consideramos que en este punto se encuentra probada la participación en el hecho de Giancarelli y de otros dos sujetos que no pudieron ser identificados, quienes se apoderaron de la billetera y el teléfono celular de la víctima, lo que permite descartar a su vez el agravio de la defensa referido a la falta de consumación de la sustracción.

No obstante lo hasta aquí señalado, el planteo referido a la imposibilidad de aplicar la agravante de “banda” por carecer de los requisitos propios exigidos para la configuración de ese concepto, debe tener favorable acogida.

En tal sentido, he sostenido en anteriores oportunidades¹ que el simple acuerdo de voluntades no da lugar a la aplicación de la agravante prevista en el art. 167, inc. 2° del C.P., sino que para ello deben darse los mismos presupuestos que exige el delito de asociación ilícita, previsto en el art. 210 del mencionado cuerpo legal, los cuales no han sido reunidos en el caso.

¹ Cfr. en este sentido, mi voto en la causa n° 8 de la Sala de FERIA A de la Cámara Criminal y Correccional de la CABA, “**Riquelme**”, rta. 4/1/12, y los precedentes allí invocados en la misma dirección.

Ello es así, porque nuestra legislación de fondo no contiene una definición de “banda” que permita encuadrar los casos en los que procede la aplicación de la agravante en cuestión, y a falta de ella, no puede dejarse librada su determinación al criterio subjetivo del juzgador, socavando la regla de máxima taxatividad legal como derivado del principio de legalidad (art. 18, CN).

De manera tal que el art. 210, CP es la única cláusula penal a la que podemos recurrir para encontrar una definición legal del concepto, pero ella implica algo más que el simple acuerdo de voluntades de tres o más personas para cometer un hecho delictivo, dado que exige una organización como estructura objetiva, de carácter estable y permanente en el tiempo, cuyos miembros se unen con la finalidad de cometer delitos en general.

En tanto no se verifiquen estos extremos que conforman el tipo objetivo de la figura en cuestión, el concepto de “banda” no puede ser aplicado por carecer de la debida determinación legal.

Por lo expuesto, habiendo quedado descartadas las agravantes que la fiscalía solicitó se apliquen al caso en estudio, el hecho atribuido a Sebastián Ezequiel Giancarelli debe ser encuadrado en la figura del robo simple, prevista en el art. 164, CP.

En virtud de ello, deberá remitirse el asunto a un nuevo tribunal de juicio para que, previa audiencia contradictoria, fije una nueva pena acorde a la nueva subsunción legal de los hechos.

5.- Agravios introducidos durante el término de oficina.

Inconstitucionalidad de la reincidencia

Si bien es cierto que existe un amplio debate en torno a cuestionar el instituto de la reincidencia –art. 50 del Código Penal-, no lo es menos que la CSJN ha tenido oportunidad de expedirse recientemente sobre su adecuación constitucional en el precedente “**Arévalo**”², que es posterior a la reforma de la Constitución Nacional de 1994. En esa oportunidad,

² A.558,L.XLVI, “Recurso de hecho “Arévalo, Martín Salomón s/c. n°11835”, del 27/5/2014



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 69269/2013/TO1/CNC2

con remisión al dictamen del Procurador General Eduardo E. Casal³, y manteniendo un criterio constante de ese tribunal, consideraron que la cuestión relativa al planteo de inconstitucionalidad del régimen de agravación de la pena por reincidencia resultaba, sustancialmente análoga, a la que habían resuelto en "**Gómez Dávalos**"⁴, "**L'Eveque**" y, también, en "**Gramajo**"⁵, destacando, especialmente, los considerandos 12° a 18°, del voto del juez Enrique Petracchi, por lo que rechazaron el planteo con remisión a lo dispuesto en el art. 280 del CPCCN. La cuestión, en consecuencia, podría quedar cancelada ya con esta remisión, porque y aunque no se comparta en su detalle todos los argumentos de los precedentes citados, sí se comparten en su generalidad y conclusión. Volver sobre esas cuestiones de detalle es trabajo de la academia. Del punto de vista político institucional, no percibo que existan motivos de entidad para descalificar el instituto de la reincidencia, sin perjuicio de estar fundados en razones plausibles y mejores convicciones.

Por otra parte, se suele sostener que la declaración de reincidencia, en sí misma, no constituiría un agravio constitucional, sino por los efectos que tiene en tres situaciones concretas:

1°) cuando nos enfrentamos a la determinación de la pena conforme lo establecen los arts. 40 y 41 del CP;

2°) por la consecuencia establecida en el art 14, CP, que veda al reincidente la posibilidad de obtener la libertad condicional prevista en el art. 13, CP y,

3°) por lo dispuesto en el art. 52, CP, para los supuestos de múltiple reincidencia.

En consecuencia, se puede adelantar que la tacha de inconstitucionalidad que se dirige al instituto en sí, sin que tenga efectos concretos sobre las situaciones mencionadas, debe ser rechazada con remisión a los precedentes mencionados al comienzo y, en particular, a lo dictaminado por el Procurador Fiscal en "**Arévalo**". La indicación de

³ SC A.558,L.XLVI del 21/2/2014

⁴ Fallos: 308:1938.

⁵ Fallos: 329:3680.

que alguien es reincidente, porque se considera que cumplió total o parcialmente una condena de pena privativa de la libertad, puede representar, desde las pautas actualmente vigentes de la ley n° 24660, un mayor énfasis en el tratamiento que debe recibir frente al nuevo delito que comete conforme la expectativa de reinserción social, atento al carácter preventivo especial que le atribuimos a la pena en su etapa de cumplimiento, y ninguna descalificación pareciera surgir de esa situación, donde los órganos de asistencia y control del Estado deberían reforzar sus esfuerzos para obtener los objetivos mencionados. Esta decisión de política criminal del Estado, se enmarca dentro de las posibilidades constitucionales de regulación del legislador común, y se podrá discrepar o no con ella, pero no se ve alcanzada por las descalificaciones de inconstitucionalidad que la defensa oficial le dirige.

En virtud de ello, corresponde rechazar el agravio de la defensa en este punto.

6.- Cumplimiento parcial de la pena a los efectos de la declaración de reincidencia

Sentado lo dicho en el apartado anterior, la cuestión a debatir en este punto es sustancialmente análoga a lo resuelto por esta Sala en el precedente “**Salto**”⁶, a cuyos fundamentos *in extenso* habré de remitirme.

En lo esencial, sostuve en esa oportunidad que el cumplimiento parcial de la condena anterior que resulta jurídicamente relevante a los fines del art. 50, CP, es aquél en el que el penado ha transitado el tratamiento ideado por el Estado para su resocialización, por lo menos hasta el estadio del período de prueba.

Tras efectuar un exhaustivo repaso de las distintas posturas que se han esgrimido desde la doctrina y la jurisprudencia sobre el tema, entendí en aquella oportunidad que este criterio se presenta, por un lado, más respetuoso de nuestro actual bloque de constitucionalidad y, por otro, cuenta con mayor sustento legal. Argumenté que no se trata de trazar alguna especie de vinculación legislativa entre institutos que poseen cierta relación en sus consecuencias prácticas, como ocurre entre

⁶ Causa n° 18.645/12, sentencia del 27/08/15 de la Sala II, Reg. n° 374/15



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 69269/2013/TO1/CNC2

la reincidencia y la libertad condicional, en búsqueda de algún criterio legal que, *a priori*, se encuentra ausente, sino de proceder a extraerlo de la legislación que impera en materia de ejecución de la pena privativa de libertad, ámbito en el que el objetivo es preventivo especial y que, una vez verificado que resultó insuficiente, justifica la declaración de reincidencia dispuesta en el art. 50, CP.

Así las cosas, compartiendo lo postulado en su momento por el colega Luis M. García, y de acuerdo a la actual ley n° 24.660, “...*la única forma fehaciente de determinar el tiempo en que el condenado fue sometido al tratamiento mínimo necesario que su caso exigía durante la ejecución de la condena anterior, será el informe de la autoridad penitenciaria que certifique que el interno pasó de la etapa de tratamiento a la de prueba...*”⁷, o su equivalente conforme las disposiciones legales de cada provincia en esta materia.

Sentado ello, en el presente caso se advierte que por sentencia firme del 25 de octubre de 2011, Giancarelli fue condenado en el marco de la causa n° 3472 del Tribunal Oral Criminal n° 30 a la pena única de tres años y nueve meses de prisión, y que el día 13 de junio de 2012 el Juzgado de Ejecución Penal n° 1 le otorgó la libertad condicional.

Sin embargo, de la lectura del legajo de personalidad que corre por cuerda a la presente no surge cual ha sido el tratamiento dispensado al interno durante el tiempo de cumplimiento de aquella pena de prisión, ni qué fase del régimen progresivo alcanzó en dicha oportunidad.

En consecuencia, corresponde casar la sentencia en estudio en cuanto dispuso la declaración de reincidencia del nombrado, y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que verifique si en el marco de aquella pena alcanzó el periodo de prueba. Sólo después de constatada esa circunstancia podrá ser declarado reincidente de acuerdo a los fundamentos aquí expuestos.

7.- Revocación de la libertad condicional

Concretamente, la defensa se agravia en este punto por dos motivos: a) al momento de revocársele la libertad condicional, la pena en

⁷ García, Luis M, *Reincidencia y Punibilidad*, 1992, Buenos Aires, Ed. Astrea, pág. 176.

la que aquella le fuera otorgada se encontraba vencida; b) el tribunal excedió su jurisdicción porque la fiscalía no solicitó la revocatoria dispuesta.

Asiste razón a la defensa en punto al primer motivo de agravio. Aunque se trate de institutos distintos, como así también distintos son los efectos en uno y otro caso, la cuestión que aquí se debate debe ser resuelta, *mutatis mutandi*, a la luz de la doctrina sentada por la CSJN en Fallos 322:717 (“**Reggi**”).

En aquél precedente, nuestro Máximo Tribunal canceló la discusión que se suscitaba hasta entonces en torno a que debía entenderse por “comisión de otro delito” a los efectos de la interrupción de la prescripción, señalando concretamente que debía “*mediar una sentencia judicial firme que declare su realización y atribuya responsabilidad al mismo encausado...*” durante la vigencia de la acción cuya interrupción se pretende. Con el dictado de ese fallo se dejó sin efecto la posición sostenida por la mayoría en el plenario “Prinzo”, mediante el cual se supeditaban los pronunciamientos vinculados a la extinción de la acción penal por prescripción a las resultas del juicio seguido por el nuevo hecho, cometido durante el término de la prescripción.

Siguiendo esa misma doctrina, es dable sostener entonces que la revocación de la libertad condicional a la que se refiere el art. 15, CP sólo procede cuando mediere sentencia condenatoria firme que declare la culpabilidad del acusado en orden al segundo delito, mientras la pena cuya condicionalidad se pretende revocar esté siendo ejecutada.

En esta tesitura, reconocida doctrina ha argumentado que “*si el sujeto agota el tiempo de libertad condicional sin sentencia condenatoria por el último delito, cabe entender que la pena del primer delito se ha agotado y, por ende, lo agotado no puede revocarse*” (Zaffaroni, Alagia, Slokar, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2001, pág. 919).

Por otra parte, el art. 16, CP, aporta mayor claridad a esta cuestión en cuanto establece que “*transcurrido el término de la condena [...] sin*



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 69269/2013/TO1/CNC2

que la libertad condicional le haya sido revocada, la pena quedará extinguida...”.

Esta última situación es la que se verifica en el *sub examen*, pues el término de la condena impuesta por el Tribunal Oral n° 30 transcurrió íntegro hasta el 17 de julio de 2014 sin que la libertad condicional allí otorgada le fuera revocada. Consecuentemente, la pena dictada en aquél proceso se extinguió en la fecha indicada y, por tal razón, no puede disponerse la revocatoria de la libertad condicional con posterioridad a la extinción de la pena.

En virtud de lo expuesto, corresponde casar la sentencia también en este punto y dejar sin efecto la revocación de la libertad condicional dispuesta por el *a quo*.

El juez **Eugenio C. Sarrabayrouse** dijo:

1. Adherimos en lo sustancial al voto del colega Bruzzone.

Con respecto al punto 4 (“subsunción legal del caso”) coincidimos en cuanto a la necesidad de analizar si, descartada la utilización de un arma por insuficiencia de las pruebas reunidas, corresponde aplicar la agravante del robo cometido en lugares poblados y en banda (art. 167, inc. 3°, CP) que los colegas de la instancia anterior consideraron abarcada por especialidad. También concordamos con el desarrollo efectuado en el voto que antecede acerca de los requisitos que debe reunir la banda y descartamos su aplicación en el caso.

Del mismo modo, y en los términos del precedente “**Salto**”⁸, adherimos a la solución propuesta con respecto a la declaración de reincidencia de Giancarelli.

Por último, y con respecto a la revocación de la libertad condicional, consideramos que los dos agravios planteados por la defensa resultan procedentes. Por un lado, no existía un “caso” para resolver en el punto, pues la fiscalía nada había planteado al respecto (cfr. lo dicho en el precedente “**Pesce**”⁹); y al momento de revocarse la libertad condicional, la pena estaba vencida.

⁸ Sentencia del 27.08.2015, registro n° 374/2015, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.

⁹ Sentencia del 17.07.15, registro n° 258/2015, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.

Tal es nuestro voto.

El juez **Daniel Morin** dijo:

1.- Adhiero tanto a los fundamentos como a la solución propuesta por el juez Bruzzone en su voto, en lo atinente a:

a) La materialidad y la intervención de Giancarelli en el hecho que se tuvo por probado (cfr. punto 3 del voto que antecede).

b) La subsunción legal del caso, en cuanto a que no corresponde aplicar la agravante de arma prevista en el inc. 2º del art. 166, CP (cfr. punto 4 del voto que antecede).

c) La subsunción legal del caso, en cuanto a que no corresponde aplicar la agravante de “banda” establecida en el inc. 2º del art. 167, CP, porque para su aplicación resulta ineludible que reúna los elementos de la asociación ilícita, prevista en el art. 210, CP (cfr. punto 4 del voto que antecede).

A ello debe agregarse que esta cuestión ha sido suficientemente debatida durante los últimos setenta años, razón por la cual sólo resta resaltar el motivo que, según entiendo, fue la causa exclusiva en razón de la cual se dejó de lado la pacífica doctrina y jurisprudencia que, en el sentido de este voto, había gobernado el tema desde la sanción del Código Penal hasta el plenario de la Cámara del Crimen dictado en la causa “Coronel”¹⁰ en 1963.

En efecto, como allí sin tapujos se puso de manifiesto en los votos de la mayoría, la modificación del criterio que aquí se sigue radicó básicamente en razones de defensa social. Así lo puso de resalto quien tuvo a su cargo la redacción del primer voto, el juez Cabral, quien sostuvo que “a raíz de la de la interpretación que combato, las disposiciones de los arts. 167, inc. 2º ...han llegado a ser prácticamente inoperantes, privando a la sociedad de un medio eficaz de defensa en estos tiempos de auge de los delitos contra la propiedad cometidos por varias personas” (sic). En igual sentido se expresó el juez Prats Cardona cuando remarcó que “este mayor poder intimidante que importa el acto

¹⁰ Plenario “Coronel, R. A.”, de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital, rto. el 07/06/1963.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 69269/2013/TO1/CNC2

de cometer los mencionados delitos ‘en banda’, con la correlativa y lógica mayor alarma social que despiertan, lo intuye y proclama la conciencia colectiva, que demanda una más severa tutela...”; el juez Ure, al modificar su atinado voto en el caso “Mouzo”¹¹ y el juez Black quien entendió que “la interpretación dada por el Dr. Cabral se ajusta a estos principios vivificadores del derecho llenando más cumplidamente la finalidad legal y la defensa social”.

Pues bien, en un momento en que las mismas razones de defensa social esgrimidas en 1963 para cambiar una interpretación restrictiva del tipo en cuestión, han servido de fundamento para que nuestra legislación fuera modificada ininterrumpidamente durante los últimos años en procura de mayores penas o en la búsqueda de reprimir conductas que por vía de interpretación jurisprudencial resultaban atípicas, resulta indispensable que los jueces se atengan al sentido originario de la norma y no se conviertan en legisladores a través de una interpretación distorsionada que apunta a responder a los supuestos reclamos de mayor severidad de la población.

Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que la circunstancia de que los hechos no encuadren por cuestiones de orden técnico en el delito agravado de robo cometido en banda, no implica que la actuación concertada de varias personas tenga que dejar de ser valorada a la hora de la determinación de la pena, en la medida en que ello refleje ilícitos de mayor gravedad.

d) Que no correspondía revocar la libertad condicional oportunamente dispuesta (cfr. punto 7 del voto que antecede).

2.- Por otra parte, respecto del agravio planteado en el recurso de casación, vinculado al tiempo sufrido como condenado requerido para considerar que ha habido cumplimiento parcial de la pena anterior, entiendo que la cuestión se encuentra expresamente resuelta en el

¹¹ Plenario “Mouzo”, de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal, rto. el 28/7/44.

“Gómez Dávalos”¹² 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 ella conduciría prácticamente a eliminar la reincidencia de nuestro derecho positivo (...).

¹² CSJN, Fallos: 308:1938.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 69269/2013/TO1/CNC2

(...) 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”¹³, 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 recurrida, Giancarelli fue condenado, en el marco de la causa n° 3472 del Tribunal Oral Criminal n° 30, por sentencia firme del 25 de octubre de 2011, a la pena única de tres años y nueve meses de prisión, obteniendo la libertad condicional el 13 de junio de 2012 (cfr. fs. 276 vta.), corresponde concluir que ha sido correcta la interpretación del *a quo*, toda vez que ha habido cumplimiento parcial de la pena y, por añadidura, es correcta la declaración de reincidencia.

3.- Por último, considero que el agravio introducido por la defensa durante el término de oficina, relacionado con la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia como tal, no debe ser tratado. Ello así, porque a este tribunal le corresponde limitarse al estudio de los motivos expuestos al interponerse el recurso de que se trate, salvo que el asunto traído a revisión una vez expirada esa oportunidad procesal verse sobre una cuestión federal dirimente o

¹³ CSJN, Fallos: 311:1209.

cuestione la validez de algún acto del proceso pasible de ser declarado de nulidad absoluta.

En este sentido, resulta claro que la utilización de los verbos desarrollar y ampliar, contenidos en el art. 466, CPPN, reconoce la voluntad del legislador de brindar al recurrente una oportunidad para extender o profundizar los motivos introducidos en la oportunidad del art. 463, CPPN; lo que sin lugar a dudas contempla la posibilidad de completarlos o perfeccionarlos, pero de ningún modo la de incorporar o adicionar otros no vertidos en el recurso respectivo.

Por este motivo, opino que corresponde declarar la inadmisibilidad de la cuestión tardíamente introducida por la defensa.

Como mérito del acuerdo que antecede, la **Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional** de la Capital Federal, **RESUELVE:**

I) HACER LUGAR en forma parcial al recurso de casación deducido por la defensa, sin costas, **CASAR** el punto dispositivo I de la sentencia de fs. 264/278, **MODIFICANDO** la subsunción legal del hecho por la de robo simple, y disponer el reenvío a un nuevo tribunal de juicio para que, previa audiencia contradictoria, fije una pena acorde al nuevo encuadre jurídico penal (arts. 45 y 164, CP; 456 inc. 1º, 470, 530 y 531, CPPN).

II) CASAR, por mayoría, el punto dispositivo II de la decisión recurrida y **REVOCAR** la declaración de reincidencia de Sebastián Ezequiel Giancarelli, debiendo el nuevo tribunal interviniente dar cumplimiento a lo que surge de los considerandos (arts 456, inc. 1º y 470, CPPN).

III) CASAR el punto dispositivo III y **DEJAR SIN EFECTO** la revocatoria de la libertad condicional otorgada al nombrado por el Juzgado de Ejecución Penal n° 1 respecto de la pena que le fue impuesta por el Tribunal Oral Criminal n° 30 (arts 456, inc. 1º y 470, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; Lex 100) y remítase a la Cámara Federal de Casación



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 69269/2013/TO1/CNC2

Penal para que sortee un nuevo tribunal de juicio, sirviendo la presente de atenta nota de envío.-

Gustavo A. Bruzzone

Daniel E. Morin

Eugenio C. Sarrabayrouse

Ante mí:

Paula Gorsd

Secretaria de Cámara