

Reg. n° 236/2017

En la ciudad de Buenos Aires, a los 7 días del mes de marzo de dos mil diecisiete, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Daniel Morin, Luis F. Niño y Eugenio C. Sarrabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 169/189 por la defensa de S. H. en la presente causa n° 6998/2015, caratulada “I. S. H. s/ recurso de casación”, de la que **RESULTA:**

1).- El Tribunal Oral en lo Criminal n° 22, el 30 de septiembre de 2015, por unanimidad, resolvió: “**I) RECHAZAR** el planteo de inconstitucionalidad planteado por el Sr. Defensor Oficial respecto del agravante arma de utilería. **II) CONDENAR** a S. H. I. (...) a la pena de **DOS AÑOS DE PRISIÓN de efectivo cumplimiento y costas**, por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido con un arma de utilería en grado de tentativa (arts. 29 inc. 3, 42, 44, 45, 166 tercer párrafo del Código Penal y art. 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). **III) CONDENAR A S. H. I. A LA PENA ÚNICA DE DOS AÑOS DE PRISIÓN de efectivo cumplimiento y costas** comprensiva de la mencionada en el punto anterior y de la de 25 días de prisión de efectivo cumplimiento que se dieron por compurgados con el tiempo de detención sufrido dictada el 27 de febrero de 2015 en la causa N° 800029843/2012 del Juzgado Nacional en lo Correccional N° 11, Secretaría 72, como autor del delito de lesiones leves dolosas; (arts. 55 y 58 del Código Penal). **IV) RECHAZAR** el planteo de inconstitucionalidad efectuado por el Sr. Defensor Oficial y **DECLARAR REINCIDENTE** a S. H. I. en los términos art. 50 del Código Penal...”. (cfr. fs. 146/vta.)

Sus fundamentos fueron dados a conocer el día 6 de octubre de 2016 (cfr. fs. 149/168).

2).- Contra dicha decisión, el defensor público coadyuvante Adrián P. Forte interpuso recurso de casación (cfr. fs. 169/189), el que fue concedido por el *a quo* (cfr. fs. 190/191) y mantenida la voluntad recursiva por el nombrado (cfr. fs. 196).

El recurrente fundó su impugnación en los arts. 456 –incs. 1 y 2– y 457, CPPN.

a).- En primer lugar, señaló que resultaba arbitraria la acreditación de la participación de su asistido en el hecho delictivo, ya que no existían elementos probatorios suficientes que lo demuestren, en virtud de las siguientes consideraciones:

a.i).- La damnificada no reconoció a S[REDACTED] I[REDACTED] como la persona que le había robado en el comercio en el que trabajaba.

La defensa indicó que, al momento en que se procedió a la detención de su asistido, no se encontraba presente la víctima e hizo hincapié en que resultaba llamativo que no haya sido convocada para que corrobore si era la misma persona que había cometido el ilícito.

Por último manifestó que en ningún momento del proceso –ni aún en el debate–, se había llevado a cabo un acto de reconocimiento en el que la damnificada sindicara a su asistido como autor del hecho por el cual se lo condenó.

a.ii).- Los preventores que llevaron a cabo la detención no conocían ni el rostro ni el aspecto de quien había cometido el ilícito previamente.

Indicó que los policías procedieron a aprenderlo porque escucharon gritos y vieron que éste corría, sin haber acreditado previamente que era la persona que había cometido el robo.

Señaló que el agente Martínez Falcón refirió que había observado, a través de las rejas de donde se encontraba, a un hombre que estaba corriendo y que en función de ello “*interpretó más o menos lo que pasaba*” –cfr. declaración textual en la audiencia– y que por eso comenzó a perseguirlo.

Agregó que el otro preventor que intervino en el procedimiento, lo hizo una vez que se había detenido a su asistido y que

éste tuvo conocimiento de lo que había sucedido por parte de sus compañeros.

a.iii).- Los agentes policiales podrían haberse confundido en la identificación de su asistido ya que en la zona había una gran cantidad de personas.

Agregó que la propia víctima declaró haber perdido de vista al autor del hecho ya que la calle José María Moreno, a la hora que se cometió el hecho, registraba un gran caudal de circulación.

a.iv).- Su defendido brindó una explicación detallada y clara de los motivos por los cuales se encontraba en ese lugar y había comenzado a correr ante la presencia policial, que fueron descartados de plano por el tribunal.

Manifestó que I [REDACTED] había atribuido su presencia en aquella zona a que solía cumplir tareas laborales en los comercios allí apostados. Puntualmente, refirió con detalle que *“t(enía) clientes por la calle Acoyte que les lleva cheques, deposita, lleva paquetes, y fue a buscar un paquete de la galería y sinceramente le resultó sospechoso, y va por José María Moreno, y le pareció sospechoso lo que le habían dado, y cuando escuchó ‘alto, alto’, le pareció sospechoso y tiene antecedentes el dicente se asustó y empezó a correr, y lo que él tiró fue el paquete no el arma así fue ese día, él corrió porque dijeron ‘deténganlo, deténgalo’.”* A preguntas del Dr. Paduczak sobre los datos de quien le encomendó la labor, respondió *“Jacinto se llama la persona que lo contrató y le dio el paquete, en la galería Acoyte, local 73, vende chalinas, sombreros...”*

a.v).- No se logró determinar cuál era el monto exacto que el autor del ilícito había sustraído a la víctima y que ello podría haberse comprobado con un simple arqueo de caja, por lo que resultaba imposible determinar que el dinero que se le secuestró a su asistido era el que se le robo al comercio.

Sobre esta base, consideró que no se encontraban reunidos los elementos probatorios suficientes como para acreditar que I [REDACTED] participó en el hecho delictivo y en función de ello solicitó que se lo absuelva.

b).- Subsidiariamente, solicitó que se modifique la

calificación legal asignada al hecho a la figura de robo simple.

Ello así, debido a que no se podía tener por acreditado que el elemento que se secuestró estaba en su poder, y aun así, quedaban dudas sobre si se lo había utilizado para llevar adelante el ilícito.

Agregó que el elemento que se secuestró en modo alguno podía ser considerado como un arma en los términos exigidos por la figura penal agravada (ni siquiera de utilería) ya que claramente se trataba de un juguete.

c).- A su vez, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de la figura de robo calificado por haberse cometido con un arma de utilería ya que configuraba un caso de irracionalidad en el ejercicio de la potestad legislativa, contraria al art. 1, CN.

Señaló que esa agravante, que fue incorporada por la ley n° 25.992, carece de entidad lesiva autónoma que permita diferenciarla de la violencia típica de la figura básica del robo y que, por lo tanto, su escala penal diferenciada resulta contraria al principio de lesividad.

Añadió que ese *plus* de pena resulta groseramente injustificado en función del presunto *plus* intimidatorio y que su fundamento radica en meras necesidades de prevención general intimidatoria.

Finalmente señaló que la expresión “arma de utilería” generaba una vaguedad tal que contradecía lo establecido en el art. 18, CN, en relación con el principio de legalidad, y sus mandatos de ley previa, cierta, escrita y estricta.

d).- Por último, solicitó que se declare la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (art. 50 del C.P.) y por ende, de la prohibición de acceso al beneficio de la libertad condicional para los reincidentes (art. 14 del C.P.) que podría operar en favor de su asistido, por entender que resultaban violatorias de los principios constitucionales de igualdad, prohibición de doble juzgamiento, culpabilidad, reserva y readaptación social mínima, que se desprendían de manera expresa o por derivación de los artículos 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional, y de los instrumentos internacionales

que tienen la misma jerarquía (art. 75, inc. 22 C.N.), entre ellos, Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8, 9 y 29) y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10).

Por otro lado, indicó que, conforme se desprendía de la certificación actuarial obrante en autos, se declaró reincidente a I [REDACTED] en virtud de la condena que le impuso el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24, impuesta el 11 de noviembre de 2010, en la causa n° 2.833, a la pena de 1 año de prisión y costas. Manifestó que dicha condena venció el 3 de junio del año 2011 y que ese mismo día recuperó su libertad, por lo que, no cumplió la pena total como condenado, sino que solo se le computó como tal 6 meses y 33 días, tiempo que resultaba evidentemente escaso como para transitar todas las etapas de resocialización que le permitirían en un futuro internalizar la norma. Agregó que se desconocía cuándo adquirió firmeza la sentencia y a partir de qué día fue admitido al régimen de progresividad como condenado.

Sobre esta base, peticionó que se deje sin efecto la declaración de reincidencia de su asistido.

3).- El 22 de diciembre de 2015 se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y sus integrantes decidieron otorgarle al recurso de casación interpuesto el trámite del art. 465, CPPN (cfr. fs. 278).

4).- En el término de oficina, previsto por los arts. 465 – cuarto párrafo– y 466, CPPN, se presentó el defensor público ante esta instancia, Ricardo Richiello, quien, en líneas generales, reprodujo los agravios plasmados en el recurso de casación y amplió determinados aspectos que consideró relevantes para sostener las críticas dirigidas contra el fallo cuestionado.

5).- El 19 de octubre de 2016 se celebró la audiencia prevista por el art. 468, en función del 465, CPPN, a la que compareció el defensor oficial ante esta instancia, Mariano Klumpp, de lo cual se dejó constancia en el acta de fs. 214.

En esta oportunidad, el letrado sostuvo el recurso

interpuesto y planteó los mismos cuestionamientos plasmados tanto en el recurso como en la presentación realizada en término de oficina.

Efectuada la deliberación establecida en el art. 468, CPPN, y conforme lo allí decidido, el tribunal resolvió del siguiente modo.

Y CONSIDERANDO:

El juez Morin dijo:

1).- Acreditación de la participación de I[REDACTED] en el hecho ilícito.

Tal como se indicó en el inicio (punto 1 de las resultas), los colegas de la instancia anterior condenaron a S[REDACTED] H[REDACTED] I[REDACTED] en orden al delito de robo agravado por el uso de un arma de utilería, en grado de tentativa.

El hecho que se tuvo por probado fue el siguiente: “...I[REDACTED] el día 5 de febrero de 2015, siendo aproximadamente las 19.45 hs., intentó apoderarse ilegítimamente, mediante el uso de un arma de utilería, de la suma de \$400 (cuatrocientos pesos) perteneciente a Mariel Verianski, en su comercio ‘Maxiquiosco Mariel’, sito en Rosario 511 de esta Ciudad”.

“En dicha oportunidad, el nombrado ingresó al comercio y, esgrimiendo un arma de utilería, le exigió la entrega del dinero, a lo que Verianski accedió, para luego llevarla al depósito del comercio, y aprovechar para retirarse del mismo”.

“Que una vez en la calle, I[REDACTED] comenzó a correr por la [arteria] Rosario hasta José María Moreno, tomando ésta en dirección a Guayaquil, mientras era perseguido por varios transeúntes, quienes gritaban ‘deténganlo acaba de robar, está armado’, siendo esto oído por el subinspector Alejandro Martínez Falcón, quien se encontraba cursando en el Instituto Universitario de la P.F.A. Éste comenzó a perseguir a I[REDACTED] dando la voz de alto, haciendo el aquí acusado caso omiso y esgrimiendo el arma de utilería. Frente a esto, Martínez Falcón vuelve a dar la voz de alto, continuando I[REDACTED] su marcha y finalmente escondiéndose detrás de una camioneta tipo IVECCO. Una vez allí, I[REDACTED] fue reducido por el subinspector Martínez Falcón, previo arrojar el arma sobre el techo de dicha camioneta”.

La decisión se basó en los siguientes elementos probatorios:

- a).- el testimonio de la damnificada **Mariel Verianski**.
- b).- la declaración del subinspector **Alejandro Ezequiel Martínez Falcón**, quien persiguió a I [REDACTED] hasta lograr su detención.
- c).- el testimonio del ayudante de la Policía Federal Argentina **Alan Darío Eichengrun**, quien manifestó que había concurrido al lugar de detención del imputado al haber recibido una alerta por comando y que, en ese momento, ya se había aprehendido al nombrado;
- d).- el acta de detención de I [REDACTED] el examen médico policial que da cuenta del estado psicofísico del imputado al momento de ser detenido y su legajo de personalidad;
- e).- el acta de secuestro, en donde se detalla que se encontró una pistola de material símil plástico, con vivos color bordó y plateados, con inscripción “BakAccuracy P.118”, “Made in China” y “P. Beretta” en su empuñe, doscientos ochenta pesos (\$280) y un celular color negro marca Samsung (fs. 4);
- f).- los informes periciales sobre los elementos que se secuestraron, a saber, un teléfono celular color negro marca Samsung y un arma de plástico (fs. 67/69 y 94/96); y
- h).- la certificación actualizada de los antecedentes del imputado, y las circunstancias que surgen del informe socio ambiental que obra a fs. 11/12 del legajo de personalidad.

Sobre esta base y junto a las argumentaciones que a continuación se desarrollarán, los jueces de la instancia anterior acreditaron con el grado de convicción necesaria la participación de S [REDACTED] I [REDACTED] en el robo del maxikiosco “Mariel” a través de una resolución respetuosa de las pautas de valoración probatoria derivadas de la regla legal de la sana crítica racional y de los principios que la regulan.

Así, en relación con la individualización del responsable del hecho ilícito, el *a quo* concluyó que no quedaban dudas de que quien lo había cometido era S [REDACTED] I [REDACTED]

El tribunal arribó a esa conclusión en función de las declaraciones de la damnificada **Verianski** y del subinspector **Martínez Falcón**, a través de las cuales se logró reconstruir la secuencia que se inició con el robo del local comercial, que se encontraba en el calle Rosario 511, enfrente del Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina (en adelante P.F.A.), y que culminó con la detención de S [REDACTED] I [REDACTED] a tres cuadras de allí, en la intersección de las calles Formosa y Beauchef.

De ambos testimonios surge que el hecho delictivo se suscitó el 5 de febrero de 2015, alrededor de las 19.45 hs., mientras que **Mariel Verianski** se encontraba trabajando en el maxikiosco que lleva su nombre. La damnificada había señalado que generalmente cerraba su negocio a las 19.30 hs. pero que ese día lo había hecho más tarde porque se había quedado atendiendo a unos chicos que estaban en el recreo del Instituto Universitario de la P.F.A.

Ello se condice con lo manifestado por el subinspector **Martínez Falcón**, quien indicó que a esa hora se encontraba en la vereda de la facultad ya que había tenido una pausa por el cambio de materia y que había aprovechado para ir a comprar al kiosco que quedaba enfrente.

Por su parte, la víctima señaló que el hombre que ingresó a su comercio tenía un arma, que una vez que le dio el dinero que le exigía, la llevó del brazo al depósito, y que cada vez que intentaba salir, esa persona la hacía ingresar nuevamente, ocurriendo esto en dos o tres oportunidades, hasta que se retiró del local. Refirió que en ese momento había aparecido la encargada, a la que dejó en su lugar, y luego salió a la calle gritando que le habían robado, refiriéndole los transeúntes que el imputado se había ido corriendo por la calle Guayaquil. Manifestó que, al perderlo de vista, regresó a su negocio y que aproximadamente a los diez minutos, le informaron que habían detenido a su agresor en la intersección de las calles Formosa y Beauchef.

Esta información se vincula otra vez con la declaración de **subinspector Martínez Falcón**, quien indicó que cuando se encontraba

en la vereda del Instituto Universitario de la P.F.A. comenzó a escuchar gritos de los transeúntes y observó que éstos señalaban a una persona que había empezado a correr en la esquina de José M. Moreno y Rosario, como aquella que había robado un negocio minutos antes. Agregó que lo que más le llamó la atención fue que cuando sucedió esto, un hombre que estaba andando en bicicleta, la dejó tirada en la calle para empezar a correr al individuo que todo el mundo señalaba, mientras que gritaba “*deténganlo, deténganlo*” (conf. surge del acta de audiencia y del registro audiovisual de la audiencia de debate –ver. a partir del 18’).

En efecto, la afirmación de la defensa en cuanto indicó que el preventor había comenzado a perseguir a I [REDACTED] sin haber acreditado previamente lo que había sucedido, resultó errada, ya que el agente fue claro en cuanto refirió que decidió correrlo porque los transeúntes señalaban que había robado. Si bien el testigo declaró que a raíz de los gritos de los transeúntes y de que observó a I [REDACTED] correr “*interpretó más o menos lo que pasaba*”, a esa frase le agregó –tal como surge de la filmación del debate– que la gente gritaba que debían detener a ese individuo porque minutos antes había robado.

La pretensión de la parte consiste entonces en que el policía debió haber conocido previamente el rostro o el aspecto de quien había cometido el ilícito para comenzar a perseguirlo, ya que podría haber habido una confusión en la individualización de su asistido como el responsable del hecho ilícito en atención a la gran cantidad de personas que había en la zona. Sin embargo, no se hace cargo de rebatir una cuestión central, que no se encuentra en tela de discusión en esta etapa, y es que todos los transeúntes lo distinguían como tal.

El tribunal destacó, en este sentido, que si bien era cierto que la calle José María Moreno era una arteria muy transitada, y en especial a la hora en la que ocurrió el hecho, las personas que transitaban por allí, habían señalado únicamente a I [REDACTED] como autor del ilícito en cuestión, sin que surjan discrepancias entre ellos al respecto, y sin que se haya señalado a otra persona como responsable.

A ello debe sumársele que cuando la víctima salió gritando que la habían robado, las personas que se encontraban en la calle le indicaron que esta persona se había ido corriendo por la calle Guayaquil; lo que concuerda con el recorrido que realizó el suboficial Martínez Falcón para lograr detener a I [REDACTED] (cfr. croquis que obra a fs. 8).

Corresponde hacer hincapié, a su vez, en que en la audiencia de debate la damnificada describió al individuo que le robó como un hombre alto, de aproximadamente 40 años de edad; características que coinciden con la descripción de S [REDACTED] I [REDACTED] quien de acuerdo al acta de detención de fs. 3 mide 1,80 m. y, en ese momento, tenía cuarenta y un años de edad. (ver 9'16'' del registro audiovisual del debate).

En esta línea, el agravio relativo a que en ninguna parte del proceso se había llevado a cabo un acto de reconocimiento en el que la damnificada sindicara a su asistido como el autor por el cual se lo condenó tampoco puede prosperar, pues mal se podría fundamentar la ausencia de intervención del imputado en el hecho sobre la base de una prueba cuya producción no se realizó.

Por otro lado, resultó plausible la argumentación que realizó el tribunal para desechar el descargo que efectuó I [REDACTED] en su declaración indagatoria.

El nombrado había relatado que se encontraba trabajando para una persona que se llamaba Jacinto, en un local de venta de chalinas y sombreros de la galería "Acoyte". Indicó que se encontraba en la zona porque le habían encargado la entrega de un paquete, el cual le parecía sospechoso, y que por ello y porque tenía antecedentes, cuando escuchó "alto alto" al ir caminando por José María Moreno, se asustó y empezó a correr. Agregó que lo que había tirado había sido el envoltorio que le dio su jefe y no el arma que finalmente se secuestró.

En este sentido, los jueces de la instancia anterior señalaron que si bien I [REDACTED] había dado una explicación de los motivos por los cuales se encontraba en la zona, no controvirtió ninguno de los elementos de cargo que se reunieron en su contra, por lo que su relato

no era más que un intento desesperado de desligarse de cualquier tipo de responsabilidad.

Asimismo, el tribunal tuvo en cuenta la declaración del subinspector Martínez Falcón para descartar la versión exculpatoria del recurrente, en cuanto manifestó que cuando se encontraba persiguiéndolo había observado que portaba un arma, que estaba seguro de ello, y que por eso se había escondido, que si hubiera sabido que se trataba de un arma que no tenía poder ofensivo no lo hubiera hecho. Agregó que cuando se iba a ocultar, vio que I [REDACTED] había hecho un ademán pero que no podía afirmar si era para descartar el arma o no. Indicó que cuando detuvieron al nombrado no tenía el arma encima y que la hallaron a pocos metros de donde finalmente se lo detuvo.

A ello debe sumársele que tampoco se pudo hallar el paquete que dijo I [REDACTED] que traía consigo y que había desechado porque le había resultado sospechoso, secuestrándose únicamente el elemento señalado.

De lo dicho se desprende que el objeto que observó la damnificada, que posteriormente vio Martínez Falcón, fue el mismo que finalmente se secuestró a metros de donde finalmente se detuvo a I [REDACTED] y a escasos minutos de que suscitó el atraco al maxikiosco, de acuerdo a los dichos de la víctima.

Por último, la parte se agravió de que no se había logrado determinar cuál era el monto exacto que el autor del ilícito había sustraído a la víctima, ya que había indicado que habían sido aproximadamente cuatrocientos pesos (\$400), mientras que a su asistido se le habían secuestrado doscientos ochenta pesos (\$280). Indicó que ese dato podría haberse comprobado con un simple arqueo de caja, por lo que resultaba imposible determinar que el dinero que se le encontró a su asistido era el que se le robo a la damnificada.

La pretensión de la defensa, en este sentido, se basa en la producción de una prueba que no fue solicitada al inicio de la investigación y que en la actualidad resulta de imposible cumplimiento.

A su vez, si bien resulta cierto que Verianski no logró determinar cuál era la suma exacta que le robaron, sino que brindó un monto estimativo, lo cierto es que en la audiencia de debate manifestó que había recuperado la totalidad del dinero que se le sustrajo y en virtud de ello es que el tribunal tuvo por acreditado que “*la suma de dinero que entregó Verianski al autor del ilícito, fue exactamente la recuperada al momento de la detención de I [REDACTED]*”.

De lo expuesto, se advierte que el razonamiento desarrollado por el tribunal de juicio, mediante el cual se arribó a la conclusión de que en el hecho aquí sancionado había intervenido el imputado I [REDACTED] resultó plausible, a la vez que los agravios que planteó la defensa no lograron demostrar la arbitrariedad o la existencia de una duda que autorice la aplicación del principio *in dubio pro reo* que rige su empleo en el proceso penal.

En virtud de ello, corresponde entonces rechazar los agravios planteados por la defensa en este punto.

2).- Calificación legal

Corresponde tratar ahora el segundo agravio planteado por la defensa, esto es, que el *a quo* realizó una errónea interpretación de la ley penal al haber calificado al hecho como robo agravado por haberse cometido con un arma de utilería, en grado de tentativa.

La aplicación de esta figura ha sido una cuestión muy discutida, en virtud de que el término “*arma de utilería*” no resulta del todo preciso. El conflicto radica entonces en definir el objeto que funda el agravante.

Como es sabido, el primer método de interpretación de la ley es el gramatical, o sea, la ley según sus propias palabras.

En este caso, la RAE no proporciona una definición precisa sobre el término “*utilería*”, ya que su primera acepción indica que es un conjunto de útiles y, la segunda, la de un conjunto de objetos y enseres que se emplean en un escenario teatral o cinematográfico.

Dado que la ambigüedad del término no puede ser despejada a través del método gramatical, resulta necesario abordar el

problema desde otra perspectiva, como la voluntad de la ley y los antecedentes que rodearon a su sanción (método histórico).

En el debate parlamentario en el que se discutió la aplicación de esta normativa, el diputado Damiani también advirtió el conflicto que generaba la imprecisión del término, en cuanto señaló que *“todos hubiéramos querido definirlo con mayor claridad”*. De todos modos, aclaró que el concepto de arma de utilería se refiere a las **“réplicas que hoy son exactas a las verdaderas”**. Agregó que *“aquí no [se] esta(ba) hablando de armas de fuego, sino de algo que se les parece”*. (el resaltado me pertenece).

La RAE, en este caso, aporta una definición del término “réplica” que no deja lugar a dudas y que se condice con las expresiones del legislador, en cuanto señala que es una *“copia exacta de algo”*.

Damiani, asimismo, señaló que la finalidad del agravante se basaba en el mayor poder intimidatorio de aquel individuo que se vale de ese instrumento. El diputado, en este sentido, indicó que *“la voluntad del legislador e(ra) establecer una escala penal que va de 3 a 10 años para castigar este tipo de hechos, es decir, cuando se utilice algo que parezca un arma aunque no lo fuere. ¿Por qué? Por el mayor poder intimidatorio que ello tiene. De lo contrario sólo deberíamos castigar con la norma del art. 164, es decir, con el robo simple, la figura básica”*.

Cabe resaltar que lo que aquí se encuentra en discusión no se trata de una cuestión empírica, sino normativa. El mayor poder intimidante entonces debe preceder de una circunstancia objetiva, es decir, que resulta necesario que el agente se haya valido de un arma de utilería, entendida como una réplica de una verdadera.

En el caso concreto, el tribunal justificó la aplicación de la figura agravada en atención a que *“(d)e los elementos de prueba colectados, se desprend(ía) con claridad que el propósito final de I [REDACTED] era atacar contra la propiedad de Verianski, y que para ello esgrimió un arma de plástico con el objeto de intimidar a la víctima, la que aparentaba a todas luces ser real, conforme afirmaron la propia víctima y el preventor que intervino”*.

De ello, se colige que el tribunal definió lo que era un arma de utilería en base a lo que los testigos percibieron, sin detenerse a analizar el objeto en cuestión.

Así, los jueces de la instancia anterior tuvieron en cuenta la declaración de la víctima, quien no pudo recordar ninguna característica sobre el elemento que utilizó I [REDACTED] para robarle, sólo indicó que era un arma, y la del subinspector, que refirió que observó que I [REDACTED] portaba un arma a unos seis (6) o siete (7) metros de distancia.

El tribunal contó, a su vez, con el acta de secuestro de fs. 4, en la que se describió que se había hallado una pistola de material de plástico, con las siguientes inscripciones “*Bak.Acuracy P.118*”, “*Made in China*” y “*P. Beretta*”, como así también con el informe paupérrimo de fs. 69/70, en el que además se señaló que el elemento en cuestión se encontraba en un mal estado de conservación y que tenía un valor de mercado de aproximadamente veinte pesos (\$20).

Hasta aquí, los elementos señalados no logran acreditar que el elemento que utilizó I [REDACTED] para cometer el delito constituye el objeto al que hace referencia la norma.

A ello debe sumársele que, pese a que el instrumento en cuestión fue solicitado como instrucción suplementaria, no fue llevado a juicio.

Tampoco surge del acta de audiencia ni de la resolución impugnada que la fotografía del objeto en blanco y negro, que obra a fs. 36/37, haya sido exhibida en el debate, ni incorporada por lectura, razón por la cual el *a quo* carecía de facultades para valorarla como elemento probatorio.

En este contexto, las pruebas que se produjeron y que tomó en cuenta válidamente el tribunal resultan insuficientes para sostener que el instrumento que se secuestró configura el elemento normativo que requiere el tipo penal asignado al hecho.

Por su parte, si bien la utilización de ese objeto por parte de I [REDACTED] implicó un aumento del poder ofensivo del agente y menguó la capacidad de oposición o defensa de la víctima, esa circunstancia,

empero, deberá ser valorada exclusivamente en el momento de la determinación de la pena de acuerdo a lo establecido en el artículo 41, inciso 1º, del Código Penal y no ya en la adecuación del supuesto de hecho en el tipo penal del robo agravado por el uso de arma de utilería.

La conducta así descrita debe ser encuadrada en el tipo penal básico del art. 164, CP, al que le caben a su vez las disposiciones del art. 42, CP –como viene establecido en el pronunciamiento recurrido– en tanto el acusado, pese haber cumplido con todos los elementos que conforman el tipo objetivo y subjetivo de la figura en cuestión, no logró apoderarse de ningún objeto de valor.

En consecuencia, entiendo que I [REDACTED] debe responder penalmente en orden al delito de robo simple en grado de tentativa, en calidad de autor (arts. 42, 45 y 164, CP).

Esta solución torna inoficioso el tratamiento del agravio relativo a la inconstitucionalidad del art. 166 –inc. 2, última parte–, CP, ya que descartada su aplicación al caso, aquél agravio ha quedado desplazado.

3).- Graduación de la pena y unificación de condenas.

En atención al cambio de calificación propuesto, corresponde imponer una nueva sanción al condenado S [REDACTED] [REDACTED] razón por la cual se llevó a cabo la audiencia del art. 41, CP, de la cual se dejó constancia a fs. 233.

En el caso concreto, el tribunal impuso una pena de prisión que superaba seis (6) meses el mínimo de la escala penal del delito que se le atribuyó –dos (2) años de prisión de efectivo cumplimiento por considerarlo autor de delito de robo agravado por haber sido cometido con un arma de utilería, en grado de tentativa–.

Indicó que la modalidad de la pena debía ser de efectivo cumplimiento atento a que el nombrado registraba antecedentes condenatorios.

A fin de arribar al monto punitivo señalado, el *a quo* valoró como circunstancia agravante la peligrosidad demostrada por el imputado al haber intentado mantener privada de su libertad a la

damnificada, haciéndola permanecer en el depósito, con la finalidad de huir; y como una circunstancia atenuante su actual situación familiar y laboral que fue señalada por el imputado en la audiencia de debate, que se encontraba acreditada en su respectivo informe socio ambiental.

Además de estos parámetros que valoró el tribunal y que resultan válidos, corresponde tomar cuenta también como una circunstancia agravante el hecho de que I [REDACTED] se valió de un instrumento que imitaba a un arma para lograr un mayor poder intimidante; objetivo que cumplió.

Así, sobre la base de las pautas mencionadas precedentemente, sumado a la impresión que me formé de S [REDACTED] I [REDACTED] durante la audiencia del art. 41, CP, propongo que se le fije al nombrado una pena de un año de prisión de efectivo cumplimiento.

Esta solución trae aparejada irremediabilmente una modificación en la pena única de dos años que le impuso el tribunal *a quo* al nombrado, comprensiva de la sanción dispuesta anteriormente y de la de veinticinco (25) días de prisión de efectivo cumplimiento, con costas, que le fijó el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 11, en fecha 27 de febrero de 2015, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas.

Se observa, en esta línea, que la unificación practicada no constituyó un motivo de agravio en el recurso traído a estudio de esta cámara, motivo por el cual este tribunal carece de jurisdicción para su trámite. En consecuencia, corresponde reenviar la causa al *a quo* a fin de se expida en torno a esta cuestión.

4).- Inconstitucionalidad del art. 50, CP e inaplicabilidad del mencionado instituto a S [REDACTED] I [REDACTED]

Sobre el punto, interesa señalar que ambos planteos fueron introducidos durante el debate por el recurrente y rechazados por el tribunal de origen.

En este sentido, tal como sostuve en los precedentes “Sarno”¹, “Medina”², “García”³, entre otros, nuestro máximo tribunal ya se ha pronunciado sobre la cuestión jurídica a resolver en este asunto, pues en el fallo “Arévalo” ratificó la constitucionalidad de la reincidencia por remisión a la doctrina permanente de ese tribunal, explicitada en “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938), “L’ Eveque” (Fallos: 311:1451) y “Gramajo” (Fallos: 329:3680), aún después de que adquirieran rango constitucional las reglas establecidas en el art. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP.

Por lo tanto, las objeciones planteadas por el recurrente ya han sido materia de análisis de nuestro más Alto Tribunal que como intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes subordinadas a aquélla, ha sostenido que su contenido en nada vulnera las garantías constitucionales cuestionadas por la parte (Fallos 308:1938).

Asimismo, la crítica relacionada con el tiempo sufrido como condenado requerido para considerar que ha habido cumplimiento parcial de la pena anterior, también fue expresamente resuelta en el fallo “Gómez Dávalos” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En lo que aquí interesa, allí se dijo:

“5º) 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

¹CNCP, “Sarno, Cristóbal Fayek s/ recurso de casación”, n° 49.723/2013, rta. 8/10/2015, reg. 535/2015.

² CNCP, “Medina, Lucas y otros s/ robo agravado”, n° 17733/2012, rta. 3/9/2015, reg. 406/2015.

³ CNCP, “García, Oscar Efraín s/ recurso de casación”, n° 19.979/2008, rta. 18/9/15, reg. 471/2015.

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).

6º) 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 (...).

(...) 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, el tribunal explicó que I [REDACTED] registraba una condena de un año de prisión y costas, impuesta el 11 de noviembre de 2010 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24, en el marco de la causa n° 2833. Agregó que el día 3 de junio de 2011 dicha condena venció y que en esa misma fecha el imputado recuperó su libertad.

Concluyó, en este sentido, que la norma no exigía que se alcance ninguna fase objetiva dentro del régimen de progresividad de la pena, sino sólo un tiempo prudencial, el cual se encontraba satisfecho ya que había estado sometido por más de 6 meses al tratamiento penitenciario.

De esta forma, corresponde concluir que ha sido correcta la interpretación del *a quo*, ya que ha habido cumplimiento parcial de la pena y, por añadidura, es correcta la declaración de reincidencia.

En virtud de ello, corresponde rechazar el recurso de casación, con relación al presente agravio.

5).- En razón de las consideraciones efectuadas, propongo al acuerdo: **I.- HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por el recurrente, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia puesta en crisis, **MODIFICAR LA CALIFICACIÓN LEGAL** asignada al hecho en la figura de robo simple, en grado de tentativa y **FIJAR LA PENA** impuesta a S [REDACTED] I [REDACTED] en la de un año de prisión de efectivo cumplimiento, con costas (arts. 40, 41, 42, 45, 164, CP; 456, 469, 470, 530 y 531, CPPN); **II.-** En virtud de ello, reenviar la presente causa al tribunal de origen a fin de que se expida sobre la unificación de la presente pena con la de veinticinco (25) días de prisión de efectivo cumplimiento, con costas, fijada por el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 11, en fecha 27 de febrero de 2015, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones leves dolosas; y **III.- RECHAZAR** los demás agravios planteados por la parte, relacionados

con la acreditación del hecho, la declaración de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia y la inaplicabilidad del instituto en el caso concreto.

El juez Luis Fernando Niño dijo:

1).- Con respecto al agravio orientado a cuestionar la acreditación de la participación del encartado en el hecho descrito en la sentencia, considero, al igual que el juez Morin, que el tribunal de mérito valoró la prueba recibida en el debate bajo estricto apego a la regla de la sana crítica y los principios que la regulan.

En efecto, no albergo dudas acerca de que el robo perpetrado al comercio ubicado en la calle Rosario 511 de esta ciudad, el 5 de febrero de 2015 a las 19:45, fue protagonizado por el encausado S██████ H██████ I██████ circunstancia probada a partir de los elementos de juicio reseñados en el voto precedente. Paralelamente, las críticas que desarrolla la defensa en su recurso no logran insertar un cuadro de duda razonable suficiente para rebatir los argumentos del tribunal oral, demostrativos de la correcta individualización del acusado en el momento del hecho.

De tal modo, debe rechazarse la petición del recurrente en lo que a la arbitrariedad de la valoración de la prueba respecta y confirmar la sentencia en este punto.

2).- En lo atinente al encuadramiento legal del hecho probado, la defensa postuló, de un lado, la inaplicabilidad del art. 166, inc. 2º, último párrafo, del Código Penal y, de otro, la inconstitucionalidad del aludido precepto legal; correspondiendo enmarcar el acto de desapoderamiento dentro del tipo penal regulado en el art. 164, del mismo cuerpo de normas.

En diversas intervenciones, como juez ante el Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, tuve la oportunidad de expedirme sobre el tópico cuestionado⁴. En esas ocasiones, por cierto, hube de

⁴ Causas nros. 3792/4071 “Reyes Lamadrid, Gonzalo Ezequiel” (rta. 15.8.13); 3777 “Ramírez, Jorge Luis” (rta. 5.7.12); 3765 “Vento Alfonso, José Luis” (rta. 25.6.12) y 3489 “Urrutia Valencia, Marcelo Alejandro” (rta. 23.3.11). En todos los precedentes indicados, si bien hube de expedirme a modo de

pronunciarme en disidencia respecto de la imposibilidad jurídica de considerar incluidos en el enunciado del artículo 166 del código sustantivo, reformado por Ley 25882, diversos hechos que la realidad social nos acercaba para su debido conocimiento y decisión.

Los miembros de ambas Cámaras del Congreso Nacional gozan de la representatividad que le otorga la elección popular -como muchos de ellos se encargan de resaltar, sobre todo en épocas de tendencia al populismo, en las que se torna molesto el carácter contrafáctico del poder jurisdiccional- pero esa representatividad no presupone una licencia para expedir productos normativos formalmente válidos pero sustancialmente irracionales.

Aun en épocas del incipiente parlamentarismo sucesor del *Ancien Régime*, una gráfica frase que devino universal señalaba que las cámaras británicas de los Lores y de los Comunes todo lo podían, salvo convertir a un hombre en mujer y viceversa. No hace mucho tiempo, el erudito civilista Profesor Luis Moisset de Espanés recordaba, en el marco de una de sus punzantes notas a fallo, el premio de un millón de libras esterlinas que la reina Victoria había instituido para el primer hombre que fuera capaz de gestar un hijo, en consonancia con aquel aforismo indicativo del inmenso poder del Parlamento y, paralelamente, de su límite ontológico.

Los tiempos de ese modelo paleoliberal pasaron, y al estado legal de derecho sucedió, para bien de la democracia y –de manera especial- para la consolidación de las democracias republicanas, el Estado Constitucional de Derecho, en el que los límites no sólo los impone la Ontología sino el texto de la Ley Fundamental.

Un órgano como el Congreso Nacional de nuestro país ha de reconocer, pues, los límites materiales y los límites normativos que acotan su –de todas maneras- amplísima facultad; y es la racionalidad de los actos de gobierno, derivado indiscutible de la forma representativa republicana estatuida en el artículo 1º de nuestra Carta Magna, una

obiter dictum por razones procesales, dejé en claro mi tajante postura respecto de la inconstitucionalidad del art. 166 inc. 2º, último párrafo, C.P.

frontera en la que se dan cita ambos órdenes demarcatorios que los componentes de esa función estatal no deben sobrepasar. No deben, pero pueden; y ante el efectivo ejercicio de esa posibilidad somos los jueces los encargados de acudir prestamente, no en defensa de una desopilante “dictadura de los jueces”, sino de la Constitución.

Con su sencilla sabiduría, el código de todos conformado por el diccionario de la lengua define “arma” como “instrumento, medio o máquina destinado a atacar o a defenderse”. Ni en las once acepciones subsiguientes, ni en las más de ochenta locuciones nominales, adverbiales y verbales que recoge el consabido catálogo, aparece lo que el legislador argentino ha querido entronizar en su precepto. Y, consecuentemente, cuando se refiere a “utilería” la define como “conjunto de útiles” y, más específicamente, como conjunto de objetos y enseres que se emplean en un escenario teatral o cinematográfico.

Las “armas de utilería” no son, en rigor, armas, sencillamente porque para serlo necesitan ser instrumentos, medios o máquinas destinados a atacar o a defenderse; y los objetos o enseres usados en la ficción son eso, objetos ficticios, destinados a un mero espectáculo igualmente ficticio, no armas.

Posiblemente los sesudos legisladores no se atrevieron a echar mano de la palabra “juguete” porque dejaba al desnudo la absurdidad de la insaciable pretensión de expansionismo punitivo desatada en una específica coyuntura social, en aras a la satisfacción del electorado bien pensante, movilizado en manifestaciones propias de una democracia plebiscitaria. Catorce reformas al Código Penal argentino en menos de un trienio me eximen de fundar más acabadamente ese aserto.

Lo cierto es que, como lo advirtió tempranamente Claudia Neira (“Una nueva discusión acerca del concepto de arma”, ADLA, 2004-C, ap. IV) introducir en el marco de dicho concepto objetos de características en todo ajenas al significado de dicha palabra conculca principios elementales del Derecho Penal democrático y liberal.

Abriendo rumbos en ese orden de ideas, me permito considerar que la alusión a “arma de utilería” transgrede los siguientes

principios delimitadores del poder punitivo estatal: el de *legalidad*, porque violenta la ontología al inventar un concepto irreal e imponerlo como elemento descriptivo del tipo objetivo; el de *taxatividad legal*, porque adolece de toda precisión técnica; el de *lesividad u ofensividad*, porque fabrica una lesión al bien jurídico pretendidamente diversa de la que ya contiene la figura básica del robo (art. 164 del Código Penal) cuando alude a la violencia en las personas, con el añadido, a este respecto, de cuanto anotaré en el siguiente párrafo; el de *proporcionalidad mínima*, por cuanto sanciona a quien emplea en el apoderamiento de una cosa mueble enseres útiles para la ficción -pero inútiles, en la realidad- como medio meramente intimidatorio, con la misma escala penal reservada a quien ciega o mutila dolosamente a otro (v. art. 91 del Código Penal), y –en suma- el de *superioridad ética del Estado*, por representar la pretensión de “racionalizar un poder punitivo ejercido mediante aberraciones” (v. Zaffaroni, Eugenio et al, “Derecho penal – Parte general”, Ediar, 2003, pp. 107-138).

En el caso argentino, por lo demás, ni siquiera concurre la circunstancia, pergeñada hace varios lustros por el Ministro del Supremo Tribunal de Justicia de Brasil y docente de la Universidad de Brasilia, Luiz Vicente Cernicchiaro, en criterio vertido en la síntesis de jurisprudencia (*súmula*, en Portugués) n° 174, de aquel órgano judicial, de la inclusión de la “grave amenaza” como modalidad alternativa a la “violencia”, en el tipo básico de robo del artículo 157, primer párrafo, de dicho cuerpo de leyes.

Lejos de ello, de cara a nuestro ordenamiento, que se haya consolidado la equiparación de la violencia con la intimidación, en la interpretación del tipo del artículo 164 del código de fondo en la materia, para neutralizar el virtual encuadre de una conducta amenazante en el desmesurado marco punitivo de la extorsión prevista en el artículo 168 de ese mismo texto legal, implica una excepcional analogía *in bonam partem* que, de ningún modo, puede emplearse como base para ensanchar, *a contrario sensu*, las posibilidades de punición en los tipos agravados. Aunque baste para rechazar ese extremo la regla de

prohibición de analogía en materia penal, también lo veda entre nosotros el principio de isonomía, relevado por el magistrado del vecino país al predicar que “(o) ‘*emprego de arma*’ foi considerado na espécie porque, no tipo-base, os verbos reitores são: *grave ameaça ou violência á pessoa*” [“(e)l ‘empleo del arma’ fue considerado en la especie porque, en el tipo-base, los verbos rectores (sic) son: grave amenaza o violencia a la persona”].

Vale añadir, por lo demás, que el valor de dicha síntesis jurisprudencial cayó en ruidoso descrédito, tanto en la doctrina brasileña cuanto en la ulterior jurisprudencia mayoritaria, hasta su cancelación por el mismo órgano judicial, en Octubre de 2001, frente a fuertes objeciones, algunas no exentas de ironía, tales como la del Profesor de las Universidades UNISINOS (Porto Alegre) y UNESA (Rio de Janeiro) Lênio Streck, quien, en un recordado seminario, señaló, por reducción al absurdo, que mantenerse en el orden de ideas pretendido por aquella corriente jurisprudencial, conduciría a afirmar que “un osito de peluche es un oso, una mujer inflable es mujer (y puede ser violada o raptada, si fuere honesta, evidentemente) y quien usa un muñeco en el robo respondería por concurso de personas” (citado, entre muchos otros, por GOMES, Luiz Flávio: “STJ cancela súmula 174: arma de brinquedo não agrava o roubo”, 2001, sin mención de editor).

En conclusión, corresponde declarar inconstitucional el precepto legal contenido en el art. 166, inciso segundo, párrafo tercero, segunda hipótesis, del Código Penal, y así lo dejo asentado (art. 475 del Código Procesal Penal de la Nación).

3).- La defensa también recurrió el monto de pena aplicado a I [REDACTED] en la sentencia.

Sobre el tópico, habré de concordar con la mensuración y análisis de los arts. 40 y 41 del Código Penal realizados por el colega preopinante, más advierto que necesariamente el examen del punto conduce a revisar la unificación establecida por el *a quo*. En el caso no se dan los presupuestos normativos para proceder a la unificación de pena que se propone en el voto precedente por encontrarse agotada a la fecha,

en plena coincidencia con el criterio adoptado en el presente de esta cámara “Seballos”⁵.

4).- Con independencia de mi posición en “Obredor”, en el caso no corresponde la declaración de reincidencia si tenemos en cuenta mi postura tradicional sobre los parámetros que debía tener presente el juzgador al momento de aplicar las prescripciones del art. 50 del digesto sustantivo, el que reiteradamente sostuve como juez ante los tribunales orales de esta Capital Federal y en anteriores precedentes de esta cámara (“Gutiérrez” Reg. n° 443/2016 y “Graff” Reg. n° 752/16).

En efecto, la cuestión central consiste, una vez más, en tomar partido dentro de las distintas tesituras, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, respecto de qué tiempo de pena privativa de libertad debe considerarse para predicar acerca de su cumplimiento parcial. Con las salvedades antes expresadas cabe decantarse, por resultar la más restrictiva, aquella que toma como plazo el cumplimiento de los dos tercios de la condena firme –por analogía “in bonam parte” con el art. 13 del Código Penal–, toda vez que es el que brinda un asidero legal al argumento de la virtual eficacia del cumplimiento de la pena en cuanto tratamiento.

Cuadra recordar el voto del doctor Elbert en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, *“Guzmán, Miguel F.” del 8 de agosto de 1989, en el que como primera cuestión se trató la que aquí nos convoca. Allí sostuvo el aludido magistrado que “(p)or fin, se apoya el último criterio porque está tomado analógicamente de la ley penal, en lo referente a la libertad condicional, institución ahora vinculada fuertemente al instituto de la reincidencia. Cabe pensar que los dos tercios de la pena anterior sean el mínimo relevante de la eficacia del cumplimiento de la pena en cuanto tratamiento, y que este criterio sirve también para determinar cuándo se alcanza una magnitud importante de prevención especial. Por fin, es la más garantizante de las posibilidades, conforme a la Constitución, para proteger los intereses del justiciable”.*

⁵ CNCC causa n° 64476/2001, caratulada “Seballos, Adrián Gabriel s/ recurso de casación” (rta. el 16.9.16; Reg. n° 717/2016).

En análogo sentido, durante su voto en el citado plenario, el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni dijo: *“(d)ado que la jurisprudencia de la Corte Suprema no recepta aún la inconstitucionalidad de la reincidencia que, como todo esfuerzo por el derecho penal de garantías, debe abrirse paso lenta y dificultosamente –según enseña la historia, mi voto por la tesis del doctor Elbert obedece a que es la más restrictiva del concepto de reincidencia...”*.

Más recientemente, se ha expedido la Dra. Ángela Ledesma, en los autos 5843 “Hernández Almada, José Washington s/ recurso de inconstitucionalidad”, resuelta el 19 de octubre de 2005, registro 872/05, Sala IV, Cámara Federal de Casación Penal, retomando esa concepción reduccionista de un instituto que, al fundarse en elementos tales como *“el desprecio que manifiesta por la pena quien pese a haberla sufrido antes, recae en el delito... demostrando una insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche”* (CSJN, 16/10/86, “Gómez Dávalos, Sinfioriano”, Fallos 308:1938, considerando 5º), revela su anclaje en el fondeadero del Derecho Penal de autor.

Huelga redundar que no paso por alto este último reparo, ni se me escapa que el abismo que se tiende entre las condiciones reales de encierro en la praxis penitenciaria que nos incumbe y el propósito de reinserción social dispuesto por el legislador en la norma penitenciaria (ley 24.660, art. 1), otorga a las expresiones “desprecio” e “insensibilidad” un matiz que, en el mejor de los casos, proviene del más crudo retribucionismo, fin de la pena que nuestra normativa no acoge y, en el peor, de un mero ejercicio de cinismo.

Sentado lo anterior, a la luz de los antecedentes reseñados y retomando el criterio adoptado a partir del voto mayoritario incluido en el fallo recaído el 22 de Octubre de 2008 en la causa n° 2739, caratulada “Larrouturon, Diego Gastón, s/robo con armas en concurso real con tenencia de arma de guerra”, del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, considero que el caso presenta la particularidad de que el antecedente a tomar en consideración corresponde a una pena de nueve meses de prisión de efectivo cumplimiento.

Así, el tiempo que habría permanecido I [REDACTED] detenido en calidad de condenado y en cumplimiento de la sanción impuesta por el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 11, con fecha 27 de febrero de 2015, en el marco de la causa N° 800029843/2012, me conduce a estimar que no concurre en el caso la condición que permitiría dar relevancia a su hipotética reincidencia en el delito, pues no habría alcanzado, en cumplimiento del régimen progresivo, ni los dos tercios de dicha pena, ni –mucho menos– los ocho meses que reputa necesarios el art. 13, CP.

Ello es así conforme al claro texto de dicha norma, tomado como punto de referencia en los votos mencionados a la hora de precisar el mínimo de eficacia del cumplimiento de la pena en cuanto tratamiento, y tras efectuar la simple suma aritmética del lapso en que el incuso permaneció en prisión efectiva desde que aquella sentencia adquirió firmeza.

Por todo lo hasta aquí expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación y revocar el punto “IV” de la parte dispositiva de la sentencia que declaró reincidente a S [REDACTED] H [REDACTED] I [REDACTED].

5).- Por las razones expuestas, propongo al acuerdo: I. CASAR parcialmente la sentencia de fs. 149/168 y, consecuentemente, hacer lugar a los planteos de inconstitucionalidad interpuestos por la defensa oficial en el recurso de casación de fs. 169/189, estableciendo que el hecho materia de reproche queda calificado como constitutivo del delito de robo en grado de tentativa y, paralelamente, revocando el punto “IV” de la decisión aquí impugnada, por cuanto se declaró reincidente a S [REDACTED] H [REDACTED] I [REDACTED] (artículo 475 del Código Procesal Penal de la Nación). II. Fijar la pena impuesta al nombrado en la un año de prisión de efectivo cumplimiento y costas (arts. 40, 41, 42, 45, 164 del Código Penal y arts. 456, 457, 468, 469, 470, 475, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

1).- Compartimos el análisis y la conclusión efectuadas en el voto del juez Morin con respecto a la participación de I [REDACTED] en el hecho juzgado y la calificación jurídica del mismo.

En el primer aspecto, ha quedado probada más allá de toda duda razonable la intervención del imputado.

En cuanto a la calificación legal del suceso, el tribunal *a quo* valoró erróneamente la prueba producida al respecto, insuficiente para considerar que el objeto utilizado se trataba de un arma de utilería, y no aplicó un criterio normativo correcto para definir esa especie de elementos⁶ (art. 456, incs. 1º y 2º, CPPN). Esta decisión torna inoficioso el tratamiento del agravio relacionado con la inconstitucionalidad de la figura de robo calificado por haberse cometido con un arma de utilería.

2).- También se comparte con el colega del primer voto la medición de la pena efectuada, producto del cambio de calificación propuesto.

3).- Con respecto a la unificación de penas, en los términos del precedente **“Seballos”**⁷ al estar compurgada una de ellas, coincidimos con el colega Niño en que la misma es improcedente y que debe ser tratado como consecuencia de la nueva mensuración de la pena.

4).- Por último, en relación con la declaración de reincidencia, la cuestión relativa a cuándo existe ha sido tratada en los precedentes **“Salto”**⁸ y **“Medina”**⁹, entre otros. En el primero se dijo que, de acuerdo con las etapas en que se divide el régimen penitenciario según la ley 24.660, el período de prueba aparecía como aquél en el que el condenado evidenciaba un avance en su tratamiento, pues estaba en condiciones de “comenzar a autogobernarse”.

En este caso, el tribunal de la instancia anterior, tras recordar la condena previamente impuesta a I [REDACTED] rechazó el planteo de inconstitucionalidad e inaplicabilidad del instituto y lo declaró

⁶ Véase, a modo de ejemplo, la sentencia del caso **“Funes”** del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, provincia de Tierra del Fuego, del 17.6.08, registro n° 21, t. II, folios 263/276, protocolo 2008.

⁷ Sentencia del 16.9.16, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 717/16.

⁸ Sentencia del 27.8.015, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro 374/2015.

⁹ Sentencia del 3.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 406/2015.

reincidente. Así, dijo en concreto: “...S. E. I. registra una condena impuesta el 11 de noviembre de 2010 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 24... a la pena de un año de prisión y costas... dicha condena venció el día 3 de junio de 2011, día en que I. recuperó la libertad... por lo que, al haber cumplido la pena total como condenado, corresponde declarar reincidente al nombrado en los términos del art. 50 del Código Penal...” (fs. 165). Luego de descartar la inconstitucionalidad alegada por la defensa, añadió: “...El Sr. Defensor Oficial asevera que no es posible aplicar la reincidencia cuando no podemos evaluar las etapas del tratamiento penitenciario por las que el imputado transcurrió, exigiendo como mínimo dos terceras partes de cumplimiento de la condena. Debemos agregar que, tomando como fecha de firmeza de la sentencia condenatoria el 17 de noviembre de 2010... hasta el 3 de junio de 2011... cumplió el total de la condena y transcurrió el lapso para que I. cumpla con el tratamiento penitenciario, no exigiéndose que alcance ninguna fase específica sino un tiempo prudencial en el cual el interno haya sido sometido a tratamiento penitenciario el cual como se observa recibió por más de 6 meses, es decir incluso dos calificaciones del órgano criminológico...” (fs. 167/vta.).

Del análisis del argumento sostenido en la sentencia se desprende que el *a quo* no sólo ha omitido constatar la etapa del período de progresividad que alcanzó I. en el marco de su anterior condena, sino que se ha limitado a inferir que durante los seis meses en que la cumplió “...transcurrió el lapso para que...” cumpliera con el tratamiento penitenciario y habría recibido dos calificaciones del órgano criminológico, sin haber verificado ciertamente dichas circunstancias. Por otro lado, no se aprecia que el término de seis meses resulte un “...tiempo prudencial...” para la recepción del tratamiento y la adquisición de condiciones de autogobierno, en los términos de los precedentes citados.

Por tal motivo, debe casarse la sentencia en este punto y dejar sin efecto la declaración prevista en el art. 50, CP, lo que torna abstracto el tratamiento de la constitucionalidad de este instituto.

5).- En virtud de lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto, casar el punto II de la sentencia

impugnada, modificar la calificación legal del hecho endilgado por la de robo simple en grado de tentativa, fijar la pena por ese delito en un año de prisión, y dejar sin efecto el punto IV en cuanto declaró reincidente a I [REDACTED] Sin costas (arts. 40, 41, 42, 44, 50 y 164, CP; 456, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

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

I.- Por unanimidad, **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación interpuesto por el recurrente, **CASAR** la sentencia puesta en crisis, **MODIFICAR LA CALIFICACIÓN LEGAL** asignada al hecho en la figura de robo simple, en grado de tentativa y **FIJAR LA PENA** impuesta a S [REDACTED] I [REDACTED] en la de un año de prisión de efectivo cumplimiento, con costas (arts. 40, 41, 42, 45, 164, CP; 456 –inc. 1º–, 470, 530 y 531, CPPN);

II.- Por mayoría, **DEJAR SIN EFECTO** la declaración de reincidencia del nombrado y la unificación dispuesta;

III.- RECHAZAR los demás agravios planteados por la parte.

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.

LUIS F. NIÑO

DANIEL MORIN

EUGENIO SARRABAYROUSE

PAULA GORSO
Secretaria de Cámara

