

REGISTRO N°19639

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 30 días del mes de diciembre del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el Dr. Pedro R. David como Presidente y los Dres. Alejandro W. Slokar y Ana María Figueroa, como vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, Dra. María Jimena Monsalve, a los efectos de dictar sentencia en la **causa n° 12.299** caratulada: "**Ríos, Ramón Eduardo s/recurso de casación**". Representa al Ministerio Público Fiscal, el señor Fiscal General Dr. Javier De Luca y a la Defensa Pública Oficial, la Dra. Graciela Galván.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término la Dra. Figueroa y en segundo y tercer lugar los Dres. Slokar y David, respectivamente.

La señora juez **Dra. Ana María Figueroa** dijo:

-I-

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 30 condenó a Ramón Eduardo Ríos a la pena de cinco años y dos meses de prisión, accesorias legales y costas por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido con arma -arts. 5, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 166 inc. 2º, primer párrafo del C.P.-, oportunidad en que también lo declaró reincidente -art. 50 del C.P.- (fs. 176 y 180/189vta.).

Contra dicha decisión, la señora Defensora Pública Oficial, doctora Irma R. Iglesias, interpuso recurso de casación a fs. 196/202vta., que concedido a fs. 206/208, fue mantenido en esta instancia a fs. 219.

2º) La recurrente encauzó el libelo impugnativo en los dos supuestos previstos en el artículo 456 del ordenamiento ritual. A su entender, la sentencia que cuestiona violenta las disposiciones de los artículos 398 y 404 inciso 2 del ordenamiento ritual, en la medida que los magistrados han efectuado una arbitraria valoración de las pruebas incorporadas al debate e incurrieron en vicios de razonamiento a partir de los cuales arribaron a una conclusión equivocada y sin sustento de la realidad que tuvo como consecuencia directa la errónea aplicación de la ley sustantiva.

Adujo que de la lectura del fallo atacado se advierte con claridad la arbitrariedad incurrida, por cuanto los jueces efectuaron una valoración fragmentaria de las constancias probatorias que concluyeron en la condena de su asistido por el delito de robo con armas, en abierta violación al principio de *in dubio pro reo* receptado por nuestra Carta Magna.

En este sentido, consideró que el *a quo* tuvo por probada la utilización del arma con el solitario testimonio brindado por la víctima durante el juicio oral. Refiere que Miranda dijo en un primer momento que el objeto utilizado por los delincuentes "*podía ser un destornillador*" y que luego al continuar con su deposición aseguró que se trataba de algo de acero, sin poder distinguir si era un "*destornillador o un cuchillo*".

Por otra parte agregó que a través del análisis de la prueba debió haberse determinado -dado que no hubo secuestro de elemento alguno en autos- que el objeto utilizado, para ser arma, tuvo que poner en peligro la integridad física o la vida del imputado. Señala asimismo que tampoco existe en autos un informe médico que acredite la agresión sufrida por el damnificado en su mano durante la ejecución del episodio, sin que resulte suficiente el testimonio del oficial Rubial al respecto.

En definitiva entiende que de la declaración del damnificado sólo puede desentrañarse que su defendido usó un elemento de acero, lo que de por sí resulta insuficiente para asimilarlo a un arma, dado que se desconoce el tamaño, y estructura: es decir, si era un instrumento cortante o punzante.

En lo que a la errónea aplicación de la ley sustantiva concierne, refiere que no todo objeto de acero puede considerarse un arma. En concreto respecto del empleo de un destornillador evoca el voto de la Dra. Ledesma en los autos "Casella, Jorge Carlos" del registro de la Sala III.

Por otro lado, expresó que el hecho se perpetró en la nocturnidad, lo que contribuye a afianzar un marco de duda - art. 3 del C.P.P.N.- en torno a la aptitud ofensiva del elemento agresor, que pudo haberse tratado de un destornillador, un cuchillo o algo similar, pero con propiedades distintas e inofensivas.

Sin perjuicio de lo dicho, la defensa hizo hincapié en que la razón de la agravante del arma es la intimidación que es en definitiva lo que debe acreditarse. Refirió que la figura

de robo simple supone la existencia de intimidación para el sujeto pasivo, y la figura contenida en el artículo 166 inciso 2° del Código Penal hace mayor hincapié en la entidad vulnerante del elemento que se utilice, para efectuar el desapoderamiento. Agrega que para determinar ese poder vulnerante es necesario conocer o al menos tener una idea concreta del elemento utilizado, extremos que no fueron, a su juicio acreditadas en estas actuaciones, máxime ante la descripción defectuosa hecha por la víctima.

Es por ello que la recurrente consideró que la solución justa debió descartar la existencia del arma, y concluir en la responsabilidad de Ríos por el delito de robo simple.

Por todo lo expuesto considera que las deficiencias apuntadas edifican un claro supuesto de arbitrariedad de sentencia por quebramiento de las formas esenciales que rigen el proceso, motivo por el cual solicita que se haga lugar al recurso, y se anule el pronunciamiento atacado con arreglo a los criterios exhibidos.

Finalmente, efectúa reserva del caso federal.

**3°)** Que, durante el plazo del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación y en la oportunidad del art. 466 *ibídem*, la asistencia del procesado amplió los fundamentos de su impugnación (fs. 222/223vta.).

A su turno, el Ministerio Público Fiscal presentó el escrito glosado a fs. 225/227, y por las razones allí esgrimidos, solicitó el rechazo del recurso de casación interpuesto.

**4°)** Que a fs. 259 se dejó debida constancia de haberse

celebrado la audiencia prevista en el art. 468 del C.P.P.N. a la que asistió el imputado Ramón Eduardo Ríos. En dicha oportunidad la asistencia letrada del encausado informó oralmente, introdujo como nuevo motivo la inconstitucionalidad de la reincidencia e hizo reserva del caso federal fundado en la afectación del principio de inocencia y de legalidad.

-II-

El a quo tuvo por acreditado durante el debate, de acuerdo con la acusación formulada por la Sra. Fiscal General durante su alegato, que "el día 3 de enero de 2009 alrededor de las 4.10 horas Ramón Eduardo Ríos junto con otra persona, se apoderaron mediante violencia en las personas y la utilización de un arma blanca de un teléfono celular Motorola V3, un documento nacional de identidad n° 28.952.548 y de la suma de veinte pesos, de Ramón Alberto Miranda, cuando éste caminaba por la Av. Brasil a metros de la calle Lima." Dejó sentado la representante del Ministerio Público Fiscal que "Miranda fue interceptado por dos hombres y uno de ellos intentó herir su rostro con un arma blanca sin éxito dado que la víctima interpuso su mano derecha para cubrirse, la que resultó lesionada a resultas del impacto contra dicha extremidad. Puso de manifiesto que ambos masculinos le propinaron además golpes de puño y patadas para sustraerle los elementos reseñados, dándose a la fuga por Garay y Lima, perdiéndose de vista. Destacó que inmediatamente después del despojo, Miranda tomó contacto con personal policial a quien impuso de lo ocurrido. Que mientras el sedicente damnificado hacia [sic] a la comisaría para radicar la denuncia, advirtió la presencia de

*los autores del hecho que transitaban la intersección de las calles Salta y Pavón, lo que puso en conocimiento del personal policial, quienes iniciaron la persecución de uno de ellos (quien resultó ser el procesado Ríos) a quien interceptaron en Lima y Constitución, mientras el otro sujeto se dio a la fuga.”* (fs. 180vta./181).

**-III-**

Quedó suficientemente explicitada en la sentencia -y no es motivo de agravio de la defensa- la coacción y violencia exteriorizadas por el acusado para concretar el desapoderamiento de bienes personales del sujeto.

Asimismo, si bien se estableció adecuadamente la *ratio iuris* básica del tipo de injusto atribuido al acusado: la afectación de la propiedad, resta comprobar si está igualmente fundada la calificante escogida -uso de arma-.

Que analizado el caso con ajuste a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa causa n° 1681” rta. el 20/9/05, en el sentido de que el tribunal de casación “...debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable...el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible, al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular...”; y que “...lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación”; del estudio de la sentencia se

aprecia que la misma no cumple con el requisito exigido por los artículos 123 y 404 del código ritual, particularmente en lo que se refiere a la fundamentación y elección del encuadramiento jurídico otorgado al hecho.

En efecto, los magistrados intervinientes brindaron a mi juicio un desajustado tratamiento a una cuestión de vital importancia, cual es la de despejar adecuadamente en que tipo penal debía subsumirse el accionar del imputado.

La sentencia es arbitraria porque se tuvo por probada la figura del robo con armas, imponiéndole al imputado la sanción prevista en el artículo 166 inciso 2, primer párrafo, del Código Penal, sin haber acreditado la existencia del elemento típico arma que legisla el agravante del robo simple.

La única prueba de autos está centrada en la declaración de la víctima, la que a su vez reconoce lo confuso del hecho, donde manifiesta que el imputado manipulaba "un arma blanca" (fs. 8/vta.).

De manera conjetural se refiere a lo que podría haber sido un destornillador, que vio era algo de acero según circunstancias del debate (fs. 173), demostrando a su vez su falta de interés en el juicio cuando luego de dos ausencias -a pesar de estar debidamente notificado- debió ser conducido por la fuerza pública al debate oral, como surge de fs. 172 de autos.

Del análisis de autos se verifica que se llegó a la condena con la sola declaración de la víctima y sin contar con ningún otro medio de prueba, sin certeza del empleo de un arma -aún arma impropia-, como así tampoco si con ella se provocó lesiones, dado que no existen constancias en la causa de

informe médico forense que así lo determine, referido al hecho que se investiga.

La declaración de la víctima resulta contradictoria al sostener que fue atacado por dos personas al momento del desapoderamiento, una lo inmovilizó, tomándolo de atrás de los brazos y la otra que sería el imputado, le tiró un puntazo en el rostro, el cual fue evitado con su mano derecha que la hincó, surgiendo la duda acerca de cómo pudo frenar con su mano el ataque si se encontraba inmovilizado por el otro sujeto, que a su vez se dio a la fuga en el momento del operativo policial, cuarenta minutos más tarde del hecho, el cual se realiza a 300 metros del lugar donde se produjo el ilícito.

La supuesta herida en la mano derecha de la víctima, que no se encuentra probada, podría ser el resultante de la figura típica del robo simple al emplear "violencia física en las personas" -art. 164 del C.P.-, no pudiendo darse por probado la utilización del arma cuando la misma no ha sido secuestrada, tampoco se secuestraron al imputado ninguno de los elementos del ilícito -teléfono celular, D.N.I., \$ 20- no fue documentada por cualquier otro medio de prueba el uso del arma, no existen testimonios del hecho que así lo avalen, incluso el único testigo, que fue el policía que intervino en el procedimiento de arresto, en el debate ni se acordaba de la supuesta lesión infringida en el momento del robo, no hubo confesión del imputado el cual sólo recordaba el momento de su aprehensión.

De todo ello se deduce que se lo condenó a Ramón Ignacio Ríos exclusivamente con la declaración de la víctima, que reconoce lo confuso de la situación, de manera defectuosa



y conjetural se refiere a lo que podría haber sido el arma empleada, la cual resulta insuficiente para la figura de robo agravado.

La precariedad de la prueba, que no puede imponérsela como presunción en contra el imputado, trae como resultado la falta de certeza en el uso de arma, por lo que apenas la figura del robo agravado por el uso de armas deviene arbitrario, correspondiendo fallar aplicando el artículo 164 del Código Penal -robo simple- para no afectar el debido proceso y el principio de legalidad -arts. 18 y 19 de la CN-.

En conclusión, la sentencia puesta en crisis presenta un error estructural en el juicio de subsunción por lo que habrá de encuadrarse la conducta de Ramón Eduardo Ríos en la figura contenida en el artículo 164 del Código Penal, esto es robo simple.

**-IV-**

La defensa también se ha agraviado de la modalidad agravada que el *a quo* ha integrado a su imputación. En lo que esta cuestión se refiere en atención a la solución propiciada en el punto anterior, deviene insustancial su tratamiento.

**-V-**

Resta tratar el agravio introducido por la señora defensora pública oficial en la audiencia oral, esto es, la inconstitucionalidad de la reincidencia.

Al respecto primeramente cabe recordar que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es

un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (CSJN Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300: 241,1087; 314:424).

Por mandato constitucional (art. 75 inc. 12 Constitución Nacional) es facultad del Congreso Nacional el declarar ciertos actos como punibles y fijar las penas de los mismos. Se trata de una potestad exclusiva y privativa del Poder Legislativo que se encuentra exenta -en principio- del control judicial de constitucionalidad, el cual sólo puede ser ejercido en el caso concreto y ante una manifiesta e inequívoca contradicción entre la norma legal y los preceptos de la Carta Magna y del derecho internacional de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

En consecuencia, los órganos que realizan dicho control cuando declaran la inconstitucionalidad del derecho, lo que hacen es aplicar la Constitución del Estado como ley suprema y no el derecho que la contradice, con el efecto de

hacer ineficaz en el caso concreto la disposición impugnada pero sin derogarla, conservando la norma su validez para el futuro.

En aquél sentido, el Superior Tribunal de la Nación ha señalado que el legislativo es el único órgano de poder que tiene la potestad de valorar conductas, constituyéndolas en tipos penales reprochables y decidir sobre la pena que estima adecuada como reproche a la actividad que se considera socialmente dañosa (C.S.J.N. Fallos: 209:342). Y además, ha reconocido que es ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (C.S.J.N. Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424).

Se trata pues, de las llamadas cuestiones o actos políticos, propios de los poderes políticos -Legislativo y Ejecutivo- y que por tanto no son justiciables, por ser actos discrecionales de aquellos. Sostener que todos los actos o cuestiones -aún las políticas- son justiciables sería establecer el gobierno de los jueces, cosa inaceptable para el sistema republicano que nos rige.

Fijado cuando antecede e ingresando al análisis de ese agravio, es de advertir que, con relación a la reincidencia (simple, art. 50, Código Penal) ha entendido el Alto Tribunal, al pronunciarse sobre el fundamento de la reforma operada en el sistema de la reincidencia en el precedente publicado en Fallos: 308:1938 (caso "Gómez Dávalos"), que *"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".*

Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (caso "L'Eveque", Fallos: 311:1451). Allí se afirmó que *"el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en término del artículo 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente para cada caso."* (Considerando 9°).

En el caso "Gómez Dávalos", como ocurre en el presente, la Corte avaló la declaración de reincidencia a partir del tiempo de la condena "cumplido efectivamente como penado (...) sin computar el tiempo de detención y prisión preventiva" (conf. considerando 7°).

Por último, pese a que a la época del dictado del precedente "Gómez Dávalos" todavía no se habían receptado los pactos internacionales que lucen en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, en cuanto adhieren a la concepción de la reinserción social como objetivo de la pena privativa de libertad, debo señalar que aún teniendo en mira ese propósito

las condiciones particulares del enjuiciado y, justamente, la proclividad delictual y la condena anterior que registra, constituyan conductas del quejoso que manifiesten su desprecio por el derecho y que pese su privación de libertad, no puede obtener la reinserción que el sistema pretende.

Por otra parte, tampoco puede hasta el momento suponerse, como sostuvo la señora defensora pública oficial en la audiencia, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación intente cambiar su criterio acerca de la reincidencia a raíz de lo decidido en su fallo "Gramajo, Marcelo Eduardo s/robo en grado de tentativa causa n° 1573 ", resuelto el 5 de septiembre de 2006 en relación a la inconstitucionalidad de la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista en el art. 52 del Código Penal. Por el contrario, de su lectura se desprende que los fundamentos se refieren a la inconstitucionalidad de dicha accesoria, y no de la reincidencia, por ser violatoria de las garantías fundamentales reconocidas en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos (entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 9, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 7, y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes), particularidades que no son propias de la declaración de reincidencia, a punto de que ésta ni siquiera puede considerarse una pena.

Por tales fundamentos, resulta a mi juicio indudable que la norma impugnada no puede conceptuarse como desproporcionada ni arbitraria, sino que es fruto del ejercicio lícito de una potestad legislativa, quien fija la política

criminal del Estado al sancionar las leyes, normas que poseen su fundamentación, las que al ser sometidas al "test de constitucionalidad y convencionalidad", no resultan írritas o inconstitucionales.

Conforme a lo expresado precedentemente, corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la defensa.

**-VI-**

Por último, en atención al cambio de calificación propiciada en el considerando III, resta definir si es en esta instancia en donde debe imponerse a Ríos la pena por su accionar, o bien si corresponde hacer excepción al principio de casación positiva y reenviar las actuaciones al tribunal de origen a fin de que sea esa sede quien le fije la sanción.

De acuerdo a los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Maldonado, Daniel Enrique y otro s/robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado causa N° 1174C" (cfr. Fallos 328:4343, considerandos 18 y 19); "Rivero, Fernando Gabriel s/causa n° 5745" (R. 1695. XLI, rta. el 11/8/2009) y "Niz, Rosa Andrea y otros s/recurso de casación" (N.132. XLV, rta. el 15/6/2010), estimo que no se dan los elementos necesarios para imponer en esta instancia la pena que en definitiva le corresponda a Ramón Eduardo Ríos, pues en el presente caso no se cumple con la necesidad de practicar previamente la audiencia de *visu* marcada en el artículo 41 del Código Penal. En efecto, si bien esta Sala ha tomado conocimiento personal con el imputado en la audiencia celebrada el 1° de diciembre

pasado (cfr. nota de fs. 259), la misma no resulta suficiente para cumplir con tales exigencias, además de privarle al justiciable de una instancia recursiva.

Que en atención a la solución que se propone, el a quo no deberá perder de vista que la solución que se propone es la que mejor se ajusta a las pautas instituidas en las "Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad" aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana (4, 5 y 6 de marzo de 2008, cfr, acordada 5/2009 de la CSJN) respecto de la agilidad y prioridad en la organización y gestión judicial, en tanto establecen en su regla 38 *"Se adoptarán las medidas necesarias para evitar retrasos en la tramitación de las causas, garantizando la pronta resolución judicial, así como una ejecución rápida de lo resuelto. Cuando las circunstancias de la situación de vulnerabilidad lo aconsejen, se otorgará prioridad en la atención, resolución y ejecución del caso por parte de los órganos del sistema de justicia"*, el tribunal a quo deberá fijar a la brevedad posible la pena que en definitiva se le imponga a Ríos.

Por todo lo expuesto, propicio a Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de la defensa, sin costas, casar parcialmente la sentencia en lo que a la calificación asignada se refiere y en consecuencia condenar, en definitiva, a Ramón Eduardo Ríos por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo simple, manteniendo la declaración de reincidente -art. 50 del C.P.- y remitir las actuaciones al Tribunal Oral en lo Criminal n° 30 de esta ciudad a fin de que fije a la brevedad posible la pena que en definitiva se le

imponga a Ríos de acuerdo a la nueva calificación asignada al hecho.

El señor juez **doctor Alejandro W. Slokar** dijo:

En las particulares circunstancias que han quedado detalladamente asentadas en el voto de la colega preopinante, y sin perjuicio de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 319:209 y 325:2516), concuerdo con la solución que viene propuesta en punto a la recalificación del hecho tenido por cierto, como constitutivo del delito de robo simple (art. 164 del Código Penal).

He de disentir, empero, en punto a lo señalado en el considerando V de aquel voto, en cuanto entiendo que cualquier agravación de la pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del artículo 50 del Código Penal es inconstitucional por su colisión con el artículo 18 de la Constitución Nacional e instrumentos internacionales incorporados a ella, tal como lo pronuncié al votar en la causa n° 14.423 "Rearte, Mauro Germán s/ recurso de casación" (reg. n° 19569, resuelta el 21 de diciembre del corriente año) a cuyas consideraciones y fundamentos, por razones de brevedad, me remito.

Por ello voto que se haga lugar al recurso de casación, sin costas, se declare la inconstitucionalidad del art. 50 del C.P., y se case parcialmente la sentencia recurrida, condenándose a Ramón Eduardo Ríos por el delito de robo simple, debiendo reenviarse las actuaciones al tribunal de origen a fin de que se determine la pena a imponer en la escala penal ahora aplicable (cfr. C.S.J.N. "Niz, Rosa A.", N.132.XLV,



del 15 de junio de 2010).

Tal es mi voto.

El señor juez **doctor Pedro R. David** dijo:

En tanto se encuentra sellada como la suerte del recurso en cuanto a la fundamentación de la agravante por el uso de arma, sólo he de señalar brevemente mi disidencia al respecto.

En efecto, a mi entender resulta probada la existencia del elemento agresor a través de los dichos de la víctima, Ramón Miranda, que encontraron respaldo en la declaración del Subinspector Javier Rubial.

En orden al mérito convictivo de los elementos de juicio, se ha dicho que "la especial fuerza probatoria del testimonio en el régimen de la oralidad, donde los testigos son oídos directamente por los jueces encargados de juzgar, se extrae no sólo del contenido sino también del modo en que responden al interrogatorio, y demás circunstancias que son especialmente apreciables por el tribunal de mérito en tanto no se demuestre que el juzgador ha caído en absurdo o en infracción a las reglas de la sana crítica" (confr. Sala II *in re*: "Solís, Juan Carlos s/ recurso de casación", causa n° 490, reg. n° 542, rta. el 5/9/95 y "Camacho García, Pablo Martín s/recurso de casación", causa n° 7643, reg. n° 10.566, rta. el 13/9/07).

En este entendimiento, no se puede soslayar la total credibilidad, veracidad y contundencia, que le ha brindado el a quo a los dichos de Miranda, testigo y víctima, quien afirmó que "el día del hecho, mientras esperaba un colectivo de la

línea 53 en la plaza Constitución fue abordado por dos masculinos. El primero lo tomó por detrás, inmovilizándolo mientras que el segundo comenzó a revisarlo y sacarle todas sus pertenencias. A preguntas formuladas en tal sentido, respondió que si bien intentó resistir el asalto, cesó en ello dado que el sujeto a cargo de la sustracción le tiró un puntazo con un elemento de acero, que si bien no pudo describir con exactitud, pero que bien podía ser un destornillador, con el que su victimario lo 'hincó'. Especificó que "el asaltante le tiró un puntazo al rostro, impacto que evitó anteponiendo su mano derecha, puntazo que dio de lleno en su mano hiriéndolo". Exhibió la cicatriz que le quedara como secuela de ello, afirmando que "por ese grado de violencia optó por no ofrecer más resistencia". En relación al objeto utilizado por el asaltante dijo que "si bien no distinguió si era un destornillador o un cuchillo el arma con la cual lo atacaron, sí aseguró ver que era alto de acero", haciendo saber que "el imputado no individualizado fue el que lo agarró, siendo el que se encontraba en la sala de audiencias fue 'el que le hincó' con el elemento de acero".

Es dable señalar que la cuestión referida a la valoración que debe hacer el juzgador de las manifestaciones de un único testigo ha sido resuelta por la Sala referida otorgándole plena credibilidad a sus dichos de acuerdo al sistema de valoración de la prueba que rige en nuestro ordenamiento procesal: la sana crítica racional (confr. Sala II, causa "Palombini, Marín Ezequiel", causa n° 6679, reg. n° 9899, rta. el 24/4/07; Sala I, causa n° 4468, "Panópulos, Jorge s/ recurso de queja" rta. el 20.11 2002, reg. n° 5494; Sala III,

causa n° 2541, "Rota, Jorgelina Hebe s/ recurso de casación" rta. el 03.10.2000, reg. n° 594/2000; Sala IV, causa n° 1785, "Trovato, Francisco M.A. s/ recurso de casación" rta. el 31.05.2000, reg. n° 2414).

En el presente caso las manifestaciones vertidas por la víctima fueron cotejadas con la declaración del Subinspector Javier Ruibal, quien luego de reseñar los pormenores de la detención de Ríos, expresó en definitiva "que la víctima estaba lesionada levemente, y que la lesión no ameritaba asistencia inmediata".

En estas condiciones, estimo que el plexo probatorio demuestra la existencia de un elemento punzo cortante en la ejecución de los hechos, aún cuando no ha sido secuestrado. Ello así, puesto que no se advierte -ni tampoco es demostrado por la parte recurrente- ningún motivo válido que debilite la ponderación y análisis que hiciera el a quo de los testigos y su credibilidad.

Encontrándose a salvo del embate casatorio la plataforma fáctica fijada en la sentencia, tampoco advierto una errónea aplicación de la ley sustantiva. En efecto, el hecho descripto ha sido correctamente calificado como robo agravado por el uso de arma (art. 166, inciso 2° del C.P.).

Así lo he sostenido en anteriores oportunidades en esta misma Sala, causa n° 7858, "Minassian, Matías Gonzalo s/ recurso de casación", reg. 11.016, rta. El 30/11/2007; "Sánchez, Víctor F. s/recurso de casación", Reg. n° 196 del 8/7/94 y "Locuratolo, María Dolores s/recurso de casación", causa n° 2448, reg. n° 3176, rta. el 5/4/2000.

En aquellos precedentes, se hizo un cuidadoso repaso de los antecedentes legislativos y doctrinarios sobre el punto, recordando que el Proyecto Tejedor, siguiendo al Código de Baviera, ya definía el término arma como *"todo instrumento con el cual se puede inferir una herida corporal capaz de poner en peligro la vida"* (art. 2, párrafo 1, título VIII, lib. I, part. II). Pero en la nota, como resumen de los textos antiguos, considera *"que el arma tenía su carácter no tanto por la materia que la forma, como del uso a que se destina; todo lo que puede dañar, omne quod nocendi causa habetur; todos los objetos con los cuales se puede matar o herir, pueden convertirse en armas"* (Cfr. Nuñez, Ricardo - "Derecho Penal Argentino" - Parte Especial - Tomo V, pág. 240).

Se refirió que arma es un revólver o un puñal fabricados para la defensa o la ofensa: es un palo, un cuchillo, una piedra, un formón, en una palabra, objetos o herramientas que si bien se han elaborado con propósitos distintos a los del uso defensivo, son capaces de dañar (Cfr. Rodolfo Moreno - "El Código Penal y sus Antecedentes", pág. 144).

Indicándose que precisamente por arma debe entenderse tanto aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona -arma propia- como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como medio contundente -arma impropia- (Cfr. Soler, Sebastián - "Derecho Penal Argentino"- Tomo IV, pág. 300).

Sosteniendo, en definitiva que el arma puede ser, por consiguiente, propia o impropia, cualquiera que sea su poder ofensivo, siempre que lo posea y que, por esto, aunque no se

use de manera efectiva, sea capaz de intimidar (Cfr. Nuñez, Ricardo -"Delitos contra la Propiedad"-, pág. 238).

En esa línea de pensamiento, va de suyo que el elemento punzo cortante -que emerge de los dichos en el sentido de que se "hincó"- de acero que según se tuvo por probado en la sentencia fue utilizado en los hechos, haya sido un destornillador o un punzón, encuadra en la calificante de arma impropia.

Es que, "para que un determinado objeto pueda ser asimilado al concepto de arma, no solamente es requisito excluyente el poder intimidante que ejerce sobre la víctima (v. gr., un arma de juguete también podría crear una importante intimidación a la víctima y, sin embargo, es a todas luces ilógico que pueda considerársela arma), sino que también es necesario que concurra un poder vulnerante, es decir que la eventual utilización del objeto por el propio agente, analizada 'ex ante' a su efectivo empleo, constituya para el agraviado un peligro real y concreto" (confr.: Sala IV, "Bazán, Diego Adrián s/ recurso de casación", causa n° 1303, reg. n° 1792-4, rta. el 12 de abril de 1999). De hecho, según se tuvo por probado, el elemento utilizado demostró efectivamente su poder vulnerante al lesionar levemente a la víctima.

Por último, en punto a la invocada inconstitucionalidad del instituto de la Reincidencia, adhiero a la solución propuesta por la doctora Figueroa en su voto, puesto que ya me he pronunciado a favor de la validez constitucional del art. 50 del Código Penal, in re: "Actis, Miguel Angel s/ recurso de casación", causa n° 7374, reg. 10486, rta. el 31/8/2007, con cita de "Lapalma A.D. y Lloveras M.F. s/

recurso de casación", causa n° 2723, reg. n° 3708, rta. el 30 de noviembre de 2000; y de "Maciel, Hugo Orlando s/ recursos de casación e inconstitucionalidad", causa n° 5370, reg. n° 7174, rta. el 23 de noviembre de 2004.

En virtud de lo expuesto, propicio el rechazo del recurso de casación interpuesto, con costas. Tal es mi voto.

Por ello, en mérito al resultado habido en la votación que antecede, por mayoría, el tribunal **RESUELVE:**

**HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de la defensa, **SIN COSTAS, CASAR PARCIALMENTE** la sentencia de fs. 176 y 180/189vta. -exclusivamente en lo que a la calificación asignada al hecho se refiere-, **CONDENAR** a **Ramón Eduardo RÍOS** - de las restantes condiciones personales obrantes en autos- por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo simple, manteniendo el punto II en cuanto lo declara reincidente -art. 50 del C.P.-; y en consecuencia **REMITIR** las presentes actuaciones al Tribunal Oral en lo Criminal n° 30 de esta ciudad a fin de que fije a la brevedad posible la pena que en definitiva se le imponga a Ríos de acuerdo a la nueva calificación asignada.

Regístrese, hágase saber y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Fdo.: Dres. Ana María Figueroa, Alejandro W. Slokar y Pedro David. Ante mí: María Jimena Monsalve.

ANTE MI: