

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNCI

Reg. n° 1048/2016

En la ciudad de Buenos Aires, a los días 30 del mes de diciembre del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, en ejercicio de la presidencia, Luis M. García, y María Laura Garrigós de Rébori, quien reemplazó al juez Horacio Días por encontrarse en uso de licencia al momento de realización de la audiencia (confr. regla práctica 18.11 del Reglamento de esta cámara, y Acordada 9/2015), asistidos por la secretaria Paula Gorsd, a efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 390/413, en la presente causa n° 45873/2014/TO1, caratulada “**T** , **C**
A s/ robo”, de la que **RESULTA:**

I. Por sentencia de fs. 354 cuyos fundamentos se agregaron a fs. 357/382, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 22 de esta ciudad condenó -por mayoría- a **C** **A** **T** a la pena de seis años de prisión como coautor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por haber sido cometido con armas, en concurso real con robo en grado de tentativa (punto dispositivo I), declaró la inconstitucionalidad del artículo 12 del Código Penal (punto dispositivo II), rechazó el planteo de inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal y declaró reincidente al condenado (punto dispositivo III).

II. Contra los dispositivos I y III de esa sentencia la Defensa Pública de **C** **A** **T** interpuso recurso de casación (fs. 390/413), que fue concedido (fs. 414/415) y mantenido (fs. 423).

El recurrente encauzó sus agravios por vía de los dos incisos del art. 456 del CPPN, y promovió la declaración de inconstitucionalidad del art. 50 CP.

En primer lugar se agravia de la atribución de participación en el primer hecho, y de la determinación hecha en la sentencia en punto al empleo de un cuchillo y tenedores modificados como “pinches”. Argumenta orfandad probatoria, cuestiona que la sentencia se ha

apoyado únicamente en la declaración del damnificado, y pone también en cuestión su credibilidad.

En segundo lugar, en subsidio, denuncia errónea aplicación de la ley sustantiva, argumentando que el *a quo* ha incurrido en extensión analógica del art. 166, inc. 2, párrafo primero, CP, al dar a los elementos empleados la calificación de arma.

En tercer lugar impugna la sentencia en punto a la graduación de la pena, acusando defecto de fundamentación y omisión de valoración de circunstancias que estima como atenuantes. Rechaza también que pueda considerarse agravante a la pluralidad de intervinientes argumentando que los elementos probatorios no permiten establecer con exactitud la cantidad de personas intervinientes.

En último término impugna de inconstitucionales los arts. 14 y 50 del CP.

III. En el plazo de oficina reglado por los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 CPPN, el Defensor Público que actúa ante esta cámara sostuvo los agravios introducidos por el defensor de la instancia anterior y agregó otros.

Puntualmente hizo hincapié en que la resolución recurrida no abordó el planteo del defensor de la instancia anterior en punto a la dudosa credibilidad del denunciante.

En esa presentación introdujo como nuevo planteo la errónea aplicación del art. 50 CP, por no estar reunidos los presupuestos legales de la declaración de reincidencia. Argumentó que el art. 50 CP requiere el cumplimiento parcial de la pena anterior, y que según un correcto sentido jurídico, era presupuesto que se verificase que el condenado hubiera cumplido en calidad de tal un tiempo de pena privativa de libertad igual o superior a las dos terceras partes de aquella condena. Sostuvo que este presupuesto no se había acreditado en autos, señalando que C A T había obtenido su libertad un año y tres meses después de dictada la condena anterior, tiempo que era inferior a las dos terceras partes de la pena impuesta.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNC1

IV. Celebrada la audiencia a tenor del art. 468, en función del 465, CPPN, compareció a ella el Defensor Público Mariano Patricio Maciel, a cargo de la Unidad de Actuación n° 2 ante esta Cámara.

El recurrente se extendió sobre los motivos de la impugnación expresados en el escrito de interposición y complementados en la presentación efectuada en el término de oficina.

En este sentido, nuevamente impugnó la credibilidad de los dichos del damnificado sobre la base de las inconsistencias con que había relatado los hechos, y las contradicciones existentes con las declaraciones del preventor Castro Muñoz. Puntualmente remarcó que de ambos relatos surgían discrepancias respecto del lugar de ocurrencia del hecho I y señaló que según la declaración del prefecto, el damnificado le habría manifestado que le habían querido robar con un cuchillo, sin mencionar los términos “pincho” o tenedores, mencionados en la sentencia.

Respecto del hecho II, refirió que existían también discrepancias entre el relato de Castro Muñoz y el del damnificado. Además apuntó que el testimonio del preventor, que había sido tomado como principal prueba de cargo, distaba de la versión de los hechos que el tribunal tuvo por acreditado.

Por otra parte criticó que, al momento de la detención de su asistido, no se secuestró elemento alguno que guardara relación con los objetos desapoderados y menos aún, un arma de cualquier índole. Sumado a ello, señaló que en el requerimiento de elevación a juicio constaba la existencia de un cuchillo y un “pincho”, y no de cuatro o cinco “pinchos” como se incluyó con posterioridad en la sentencia.

V.- Al cabo de la deliberación los jueces llegaron a un acuerdo por los fundamentos y conclusiones que a continuación se exponen.

El juez **Luis M. García** dijo:

1.- Vienen impugnados por la defensa los dispositivos de la sentencia de condena de fs. 354, cuyos fundamentos están agregados a fs. 357/382, por los que se ha condenado a C A T a la pena de seis años de prisión como coautor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por haber sido cometido con armas, en

concurso real con robo en grado de tentativa (punto dispositivo I), rechazado la impugnación de inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 CP, y por el que se ha declarado reincidente al condenado (punto dispositivo III).

Si bien varias de las cuestiones involucradas en el recurso de casación de fs. 390/413 conciernen a motivos de casación comprendidos en el art. 456 CPPN, también involucran al mismo tiempo el examen de cuestiones fácticas respecto de las cuales el condenado tiene un derecho amplio de revisión según los estándares fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la sentencia de Fallos: 328:3399 (“*Casal, Matías Eugenio*”), que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 23 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay). La jurisdicción de revisión debe circunscribirse a los agravios presentados y no implica una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445; *vide* también consid. 12, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en ese caso).

La impugnación de inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 CP, había sido introducida oportunamente y rechazada en la sentencia (dispositivo III), por lo que la admisibilidad del recurso se juzga según el art. 474 CPPN.

Distinta es la cuestión de la alegada errónea aplicación del art. 50 CP, que si bien cae dentro del supuesto del art. 456, inc. 1, CPPN, no ha sido introducida de modo oportuno para habilitar su tratamiento por la vía casatoria. En efecto, este motivo de agravio ha sido introducido por primera vez en la presentación en el plazo de oficina reglado por el art. 465, párrafo cuarto, CPPN (puntualmente en el capítulo V del escrito de fs. 430/442) bajo la invocación de “arbitraria interpretación del significado jurídico de cumplimiento parcial de la pena como presupuesto objetivo de la declaración de reincidencia”. Su tratamiento no puede ser admitido por las razones que paso a exponer.

Una vez admitido a trámite, el recurso de casación se encuentra regido por el art. 445 CPPN que ciñe la jurisdicción de

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNC1

revisión del tribunal *ad quem* “sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos del agravio”. Estos motivos deben expresarse en el escrito de interposición dado que el código no permite que una vez interpuesta y concedida la impugnación, el recurrente introduzca nuevos motivos de agravio. Es por ello que el art. 466 CPPN sólo autoriza la ampliación de los fundamentos “de los motivos propuestos” en la interposición del recurso, y no admite la presentación de otros nuevos.

En tales condiciones, se advierte que recurrente no ha justificado suficientemente por qué correspondería hacer excepción a esas reglas y tratar el un motivo de agravio no comprendido en el escrito de interposición del recurso de casación e introducido por primera vez en el plazo de oficina, razón por la cual considero inadmisibile el planteo formulado. No obsta a dicha conclusión la alegación de que el condenado tiene derecho a un recurso amplio contra la sentencia de condena, porque también respecto de este dispositivo hay un orden, plazos y opera la caducidad, por lo que una excepción a esas reglas debería ser justificada con razones sustanciales (cfr. mis votos como juez subrogante en la CFCP, Sala II, causa n° 8406, “*Suárez, Carlos Alberto y otros s/recurso de casación*”, rta. 8/10/2008, reg. n° 13.298; causa n° 9156, “*Yacobuzzio, Guillermo E. s/recurso de casación*”, rta. 6/9/2010, reg. n° 17.065; y en esta Cámara, Sala I, causa n° 69.237/14, “*Altamirano, Héctor Daniel s/sanción en unidad carcelaria*”, rta. 26/5/15, reg. n° 100/2015; causa n° 27.528/03, “*Pisarro, Marcelo Oscar s/legajo de ejecución penal*”, rta. 24/9/15, reg. n° 484/2015, entre otras; y C.S.J.N., causa S.65, L° XL, “*Sarmiento, Víctor Alejandro*”, rta. 20 de junio de 2007; causa G.1345, L° XLI, “*Guayán, Gerardo Gabriel*”, rta. 8 de abril de 2008; causa R.132, L° XLIII, “*Ramírez, Claudio*”, rta. 22 de abril de 2008; causa V.460, L° XLIII, “*Velázquez, Leopoldo y Velázquez, Julio s/ley de estupefacientes*”, rta. 4 de mayo de 2010; causa S.587, L° XLIV, “*Soria, David R. s/causa n° 8857*”, rta. 24 de agosto de 2010).

A mayor abundamiento señalo que no basta para satisfacer la exigencia de fundamentación del motivo de agravio que requiere el art.

463 CPPN con la exposición de una determinada tesis acerca del alcance del art. 50 CP. Observo que la defensa evoca la difundida tesis de la doctrina que afirma que el cumplimiento parcial de la pena anterior que es presupuesto de la reincidencia, según aquella disposición debe haber alcanzado el cumplimiento de al menos los dos tercios de la pena privativa de libertad impuesta en la condena anterior.

Sin embargo, dicha tesis ha sido descalificada por la Corte Suprema en el caso de Fallos: 308:1938 (“*Gómez Dávalos*”), y más recientemente mantenida como jurisprudencia constante en el caso “*Mayo, Miguel Ángel s/recurso extraordinario*” (causa M. 25, L°. XLIX, rta. 21/04/2015). De modo que, en defecto de una fundamentación sustantiva dirigida a refutar esa jurisprudencia y a justificar la tesis de la defensa, el tratamiento de esa tesis se presenta inoficioso, por insustancial.

Sentado el alcance de la jurisdicción abierta por el recurso de casación de fs. 390/413 pasará al tratamiento de los motivos de agravio admitidos.

2.- En la sentencia se han tenido por probados los siguientes hechos:

1. “el día 4 de agosto de 2014 aproximadamente a las 17.30 [C A T] se apoderó junto con otras cuatro o cinco personas no identificadas, de un teléfono celular marca Motorola modelo D3, color negro de la empresa Movistar, un par de zapatillas negras Nike, una fotocopia del DNI y una tarjeta Sube, todo propiedad de Mariano Domínguez, en la calle Atuel en su intersección con la avenida Amancio Alcorta de esta ciudad. [...] para perpetrar el hecho, T junto con los otros masculinos se valieron de un cuchillo de cocina y pinches de cocina con punta filosa, con el fin de amedrentarlo, así como también le profirieron golpes de puño en distintas partes del cuerpo, fundamentalmente en el rostro y la espalda, de lo cual resultó lesionado y luego de haberle palpado todo el cuerpo le sustrajeron los elementos antes mencionados”.

2. “ese mismo día 4 de agosto de 2014 alrededor de las 18.15, en la calle Perito Moreno cerca de su intersección con la calle

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNC1

Pedro Velarde, C A T: junto con otro sujeto intentó apoderarse de un monedero color marrón que contenía aproximadamente la suma de cuatro mil ochocientos noventa pesos en efectivo, también propiedad de Mariano Julián Domínguez. [...] mientras que el damnificado se encontraba caminando por la calle mencionada, T) junto con otro sujeto, se acercaron al damnificado, le efectuaron algunos golpes de puño en su rostro, forcejearon con él y finalmente le sustrajeron del interior de su campera el monedero con el dinero que llevaba en su poder. Esta situación fue observada por el cabo segundo Ezequiel Darío Castro Muñoz, quien procedió a la detención del imputado cerca del cruce de las calles Santos Irigoyen y Pedro Velarde, mientras que su cómplice se dio a la fuga. Asimismo, logró el secuestro del bien sustraído”.

El recurrente no impugna la atribución, calificación y declaración de responsabilidad de C A T en lo que concierne al segundo hecho, y ciñe sus críticas a la atribución de participación, calificación y atribución de responsabilidad por el primero.

Bajo la calificación de “arbitrariedad en la valoración del hecho y la autoría” la Defensa Pública sostuvo que la sentencia afirmó la existencia del hecho únicamente en base a los dichos de Mariano Julián Domínguez, quien se presenta como damnificado, sin otro elemento que corrobore sus dichos.

Argumentaba el defensor que el único testigo había declarado su imposibilidad de describir conducta alguna que hubiese desplegado el imputado, lo que conduciría a la absolución por el primer hecho, y que el *a quo* no ha satisfecho la exigencia del art. 404, inc. 2, CPPN, y además argumentaba sobre la falta de fiabilidad del testigo, quien habría intentado sobornar a un suboficial de prefectura para que no diese intervención judicial por ese hecho. Señalaba también imprecisiones de la declaración del testigo en punto al lugar de los hechos, y la falta de explicación del testigo sobre la razón por la que estaba en la villa de emergencia, con cerca de cinco mil pesos escondidos en una media, en estado considerable de embriaguez, hablando “con un par de pibas ahí, chicos que están como siempre drogados”, que de la

nada, intempestivamente, comienzan a agredirlo, arrancándole sus zapatillas, pegándole, tirándolo hacia atrás, esgrimiendo cuchillos y pinchos. Señalaba también como llamativo que “a esta verdadera ‘turba de peligrosos agresores’, todos drogados, les exhibe el fajo de billetes a modo de venganza”.

Sostiene que el *a quo* ha atribuido el hecho a C. A. T. , “lisa y llanamente en contra de la prueba existente” y en particular los dichos del señor Domínguez, “que niega toda conducta delictiva en cabeza de T. ”, asegurando que “se había quedado al lado suyo [y] le dijo: yo no hice nada”.

Destaca que no se ha secuestrado ningún elemento con apariencia de “arma”, y arguye que, si el presunto damnificado no pudo precisar si era T. , el que sostenía el cuchillo ello debería conducir a su irresponsabilidad por la forma agravada.

Insiste en que el suboficial de prefectura que había declarado en el juicio había sido claro al ratificar en la audiencia un intento de soborno por parte del testigo, para evitar la intervención judicial, y sugiere que éste habría obrado por odio, lo que infiere del hecho de que hubiese mostrado el dinero no sustraído a la “turba” que lo acababa de atacar “y es posiblemente, el que lo llevara a incluir a T. en el presente hecho, motivado en su intervención, no controvertida, en el denominado hecho 2”.

Postula así que el debate “no ha posibilitado la determinación jurídica de la existencia misma del hecho tal y como ha sido traído a consideración por la acusación”. Sostiene “la imposibilidad de predicar certeza de nada que surja de aquella fuente [el testigo Domínguez], máxime ante la ausencia de todo otro elemento que le sirva de apoyo” y argumenta que “a este ‘testimonio’ -único- se ha opuesto la férrea negativa del imputado y ya a partir de esta negativa, ausente todo otro elemento a considerar, queda cancelada cualquier posibilidad de construir certeza privilegiando una fuente probatoria sobre la otra” (SIC).

La crítica que la defensa ensaya, aduciendo que el *a quo* ha incurrido en arbitraria valoración de la prueba e inobservancia del

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNC1

principio *in dubio pro reo*, requiere examinar la parte pertinente de los fundamentos de la sentencia recurrida sobre la determinación de los hechos.

Adelanto que estimo que el *a quo* no sólo no ha incurrido en la arbitrariedad que se le adjudica, sino que además se ha ajustado rigurosamente a un examen de los elementos de prueba disponibles aplicando las reglas de la sana crítica, con un resultado que despeja cualquier duda razonable sobre la existencia del hecho identificado como hecho 1, y sobre la participación en él de C A T (arts. 398 y 399 CPPN).

La sentencia se ha apoyado fundamentalmente en la declaración de Mariano Julián Domínguez, cuyo extracto está en el acta de la audiencia (fs. 345/346), y en lo sustancial ha sido reproducido en la misma sentencia.

El *a quo* valoró que el testigo había dicho que “el día de los hechos estaba en la villa 21, con unos compañeros en un boliche, tomando. Que luego de ello se fue caminando por Iriarte, se quedó sentado en una esquina de un colegio y se puso a hablar con un par de chicos que estaban por ahí, drogándose. En eso apareció T bastante acelerado, no sabe por qué, se pusieron a hablar, le preguntó si le podía prestar plata para consumir algo, le prestó, él estaba medio mal, tomado, y de repente en cierto momento, se empezaron a juntar y se le vinieron todos encima. Eran cuatro o cinco, lo tiraron para atrás, le empezaron a pegar, a palpar los bolsillos, le sacaron zapatillas, el celular y lo que tenía. Uno de los asaltantes le mostró un cuchillo y otros tenían unos pinches, como tenedores de cocina. Entre los que se le tiraron encima vio que estaba T (...) No sabe bien que actuación tuvo T dentro del grupo del primer hecho, porque se le tiraron todos encima, lo amenazaron con el cuchillo y los pinchos y lo golpearon, pero aseguró que T estaba ahí”.

Contestó las argumentaciones del defensor afirmando que “del testimonio del damnificado, no quedan dudas de que el detenido T fue uno de los partícipes del primer hecho”. Destacó que el testigo había afirmado que previo al atraco había entrecruzado unas

palabras con el imputado, quien le solicitó dinero para comprar droga y que luego de unos instantes éste junto con otros muchachos que estaban en los alrededores se le tiraron encima, exhibiéndole un cuchillo y unos pinchos de cocina -como tenedores- y que después le pegaron.

Que el damnificado no hesitó en afirmar que la persona que fue detenida luego que fuera agredido por segunda vez, era la misma que había participado en el primer hecho y de hecho hasta afirmó haber tenido una breve conversación con él.

En la sentencia se confrontó la declaración del testigo Domínguez con la del suboficial de la Prefectura Ezequiel Darío Castro Muñoz que éste había sido quien procedió a la detención de M T a quien vio cuando estaba agrediendo a Mariano Julián Domínguez. Después de sintetizar su declaración el *a quo* afirmó que ella era “muy importante” como corroboración de varios puntos que también calificó de “importantes”. Destacó en primer lugar que el Prefecto fue testigo presencial del hecho 2, vio “la persecución, el forcejeo, la sustracción, realizó la detención y procedió a recuperar el elemento sustraído”. En otro orden sostuvo que en lo concerniente al hecho 1 ratificó que el damnificado se le había acercado a informarle sobre el hecho delictivo que había sufrido hacía instantes, le había comentado la existencia de armas blancas y observado que el damnificado tenía lesiones y la falta de sus zapatillas.

También confrontó la declaración de Mariano Julián Domínguez con el informe del médico del Cuerpo Médico Forense, de fs. 89, que lo había examinado y dictaminado sobre las lesiones constatadas en su cuerpo, en particular, en párpado superior del ojo derecho, en zona dorsal nasal, en el antebrazo derecho, en dorso de los metacarpios izquierdos, y en la rodilla izquierda, bajo las formas de excoriaciones, edemas y equimosis, y lo documentado en el libro de la ambulancia que prestó la primera atención médica al nombrado, en el lugar de los hechos, de fs. 179.

Al abordar las argumentaciones de la defensa sobre la participación del imputado en el primer hecho el *a quo* relevó que el suboficial de la Prefectura Castro Muñoz había declarado que la primera

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNC1

vez que vio a Domínguez éste le había denunciado que le quisieron robar dentro de la villa, que vio una persona escondida que lo observaba a éste, que lo siguió cuando se alejó del patrullero y eso fue lo que generó que siguiera a ambos individuos y viera como T agredía a Domínguez y lo intentaba desapoderar de su monedero, a quien finalmente pudo detener. Sobre esa base destacó que “también el prefecto vio la secuencia en la que ya desde el interior de la villa, T seguía atento los pasos de Domínguez”, y que “también desde la primera vez Domínguez le denunció al personal de las fuerzas de seguridad que T había participado en el anterior hecho”.

Contestó también el *a quo* que “lo mismo ocurre con la discrepancia que plantea el defensor acerca del cuchillo. En todo momento, Domínguez habla que en el primer atraco hubo un arma blanca y unos pinchos de cocina -tipo tenedor-”. Dio así relevancia a que “[e]sta circunstancia también fue puesta en conocimiento del oficial, en el primer contacto que tuvo con el damnificado, tal como aseveró en la audiencia de debate”. Sobre esa base, restó importancia decisiva a que no fuese secuestrada ningún arma al momento de la detención, después del segundo hecho.

Finalmente expuso el *a quo* que no encontraba razones para sospechar que Mariano Julián Domínguez tuviera alguna animosidad especial contra T para imputarle un hecho y afirmar que fue cometido con armas.

En la impugnación de la defensa observo dos líneas argumentales que aunque se conectan no se implican necesariamente. La primera línea parte de argumentar que el relato de la presunta víctima es insuficiente para acreditar alguna cooperación del imputado al hecho. La segunda está orientada a poner en disputa la veracidad o la confiabilidad de los dichos del testigo. Las abordaré en ese orden.

Conforme ha declarado la Corte Suprema en Fallos: 328:3399 (“Casal, Matías Eugenio”), “*el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable*” y que “*lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación*”. Ahora bien, esta Sala no está en condiciones de conocer el

contenido de las declaraciones testimoniales del mismo modo en que fueron conocidas por el *a quo*, porque todo lo que se conoce de los dichos de los testigos en el juicio se conoce a través de lo que se recogió en el acta de la audiencia. De modo que, cuando no existen registros integrales de audio y video sobre los medios de prueba producidos de modo oral en el juicio - lo que por lo demás no es exigido expresamente por los arts. 394 y 395 CPPN-, la inexistencia de registros ello impone limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y también el plano jurídico, de modo que esta Cámara, al emprender el examen de la sentencia según el estándar fijado en “Casal”, sólo puede recurrir al contenido asentado en las actas en la medida en que ese contenido no haya sido oportunamente impugnado por las partes. Formulada esta aclaración, ha de emprenderse el examen de los dichos del testigos que la defensa tacha de contradictorio o inconciliable con otros, o insuficiente como prueba de cargo.

El núcleo de la argumentación en el primer sentido se apoya en que en su declaración el damnificado había dicho: “No sabe bien qué actuación tuvo T dentro del grupo del primer hecho, porque se le tiraron todos encima, lo amenazaron con el cuchillo y los pinchos y lo golpearon”. Este argumento se apoya en una simplificación que saca la frase de su contexto, y distorsiona su sentido. Veamos según se asentó en el acta de fs. 345/346. El testigo había declarado que el imputado, hasta ese entonces desconocido para él, se le acercó cuando “estaba hablando con un par de pibas ahí, chicos que están como siempre drogándose, todo eso”. Dijo que “ahí apareció T, bastante acelerado, no se qué, estaban hablando ahí cosas comunes, normales, le preguntó si le podía prestar plata para consumir algo, le prestó, y bueno, él estaba medio mal, tomado y de repente en cierto momento ya se empezaron a juntar y se le vinieron todos encima; se le vino uno con todos los pelos así -hizo el gesto- eran cuatro, lo tiraron para atrás, le empezaron a pegar, a ‘bolsijear’, le sacaron, las zapatillas, todo. Tenía ahí enfrente a dos de Prefectura que estaban mirando, no hacían nada. Y bueno, cuando se levantó, él -T-, que se había quedado al lado suyo, le dijo ‘yo no te hice nada’ y se fue”. Según el relato del testigo

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNCI

Domínguez él está sentado en una esquina de un colegio, hablando con desconocidos que se le van acercando; con mujeres (dos pibas) y otros jóvenes (pibes), aparece el imputado “acelerado”, habla, le pide dinero, y él le da dinero al desconocido (“le presta”), y se juntaron más personas. En un momento uno comienza a agredirlo y se le suman otros, lo golpean, lo tiran al suelo (lo tiran para atrás), le revisan lo que lleva en los bolsillos y lo despojan de cosas y de las zapatillas. Durante toda la agresión y despojo T está allí, está allí y le dice “yo no te hice nada”. Al menos es cierto que no lo ayuda cuando lo agreden, no busca impedir la agresión, tampoco le ofrece auxilio cuando queda maltrecho y descalzo. En ese relato T simplemente está mientras agreden al señor Domínguez y se va cuando la agresión ha cesado.

Este relato es totalmente inconciliable con la escueta y parca versión del imputado, asentada en el acta de declaración indagatoria de fs. 83/84, e incorporada por lectura en la audiencia -según lo autoriza el art. 378 CPPN-, en ocasión de que el imputado manifestó que no declararía (confr. acta del debate, fs. 342). En aquella primigenia declaración indagatoria C A T había dicho: “Niego rotundamente el primer hecho que se me imputa, ese que le saqué las zapatillas con un arma blanca. No le saqué nada. Al damnificado lo encuentro en la estación de servicios que está enfrente de la escuela, estaba descalzo, estaba hablando con la prefectura, yo me acerqué y le pregunté qué le había pasado, me preguntó si yo le podía conseguir zapatillas porque se las habían robado”. El imputado ha mentido en su declaración. Miente al decir que lo encuentra por primera vez en la estación de servicios, miente al decir que ignoraba que le había pasado, miente al decir que le ofreció alguna clase de ayuda o compasión. Como ha declarado el suboficial de la Prefectura Naval Castro Muñoz, y se ha tenido por probado en la sentencia, para entonces lo estaba siguiendo, lo estaba acechando, para robarlo. Esto ni siquiera lo disputa el imputado, que una vez producida la prueba y los alegatos, en sus últimas palabras, admitió el segundo hecho, ni la defensa que tampoco impugna la sentencia en lo que a este hecho de la condena concierne. La pregunta

entonces es si puede afirmarse que el imputado miente también cuando niega haber tomado parte en el primer hecho.

El testigo Domínguez afirma que el imputado estaba allí cuando éste se llevó a cabo, y que se fue una vez que él se levantó después de la agresión, y que dijo yo no te hice nada. En su declaración mentirosa el imputado niega -por implicancia- haber estado presente en el lugar del primer hecho, porque según aduce, encontró al primero en la estación de servicio y le preguntó qué le había pasado. No dice lo que dice el testigo Domínguez que él le habría dicho al cesar la agresión. El imputado no dice yo estuve allí pero no le hice nada.

Continuando con el examen de contexto observo que según el acta de debate el testigo Domínguez dijo que “se fue a la estación de servicio donde le dijo a los de Prefectura por qué no hicieron nada, y se enojaron. Se fue a la vuelta, quería irse con un remís, como fuera, y apareció de vuelta T por la manzana, con otro muchacho; los vio, como ya se le habían tirado encima, se fue caminando a la estación de servicio, pero se le tiraron encima de nuevo -estaba todo grabado-, y le decían ‘esto es la Zabaleta, esto es la Zabaleta’; y bueno, le forcejearon, pegaron y le sacaron la plata”. Este nuevo pasaje da el contexto. Según el testigo no es la primera vez que ve al imputado; él dice que “apareció de vuelta”. El imputado no es simplemente una persona con la que había hablado antes, sino uno de los que lo había agredido, pues dijo: “ya se le habían tirado encima” y “se le tiraron encima de nuevo”. En el relato del testigo no hay duda de que el aquí imputado era uno de los que “se le había tirado encima”.

Según se asentó en el acta el testigo fue preguntado más de una vez sobre lo sucedido, para que diese precisiones. Relató nuevamente que se había sentado junto a una escuela, porque estaba tomado, y que “primero había una piba y un chico, después vino él -T - y vino otro, y así”, que primero hablaron y que “un muchacho [...] flaco, alto con los pelos todos sucios, le vino de frente ya con un cuchillo, “le hizo así y así”, lo tiraron para atrás, no se podía mover, le pegaron. Estaban todos con pinches, todos tenían esos tenedores. T estaba ahí al lado suyo, él no vio porque se le tiraron todos encima”. Aquí reitera la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNC1

secuencia en la que se va sumando gente, hasta que es agredido, con un cuchillo, donde lo tiran y le pegan. El imputado está junto a él. No puede precisar lo que éste hizo porque “todos” se le tiraron encima. Lo que se asienta a continuación completa el sentido: “Lo pudo ver en ese grupo, eran como cinco que le estaban pegando en la cara y lo vio, estaban todos bolcijiéndolo [SIC], sacándole las pertenencias, ahí lo vio. Todos hacían lo mismo”. Esta Sala carece de las condiciones de inmediación de las que gozó el tribunal *a quo*, pero de la limitada inspección de lo que permite conocer el acta de debate surge un relato pleno de sentido. Según el testigo Domínguez, que no puede decir con precisión si el imputado lo golpeó, lo empujó, o le metió la mano en el bolsillo, el imputado formaba parte del grupo que grupalmente llevaba adelante estas acciones, estaba con ellos, todos -incluido él- se le tiraron encima, todos hacían lo mismo. No veo pues que no pueda establecerse a partir de los dichos del testigo qué es lo que habría hecho el imputado. La conclusión del *a quo*, extraída del examen de la declaración del testigo Domínguez, de que “entre los que se le tiraron encima” estaba C A T: (fundamentos de la sentencia, fs. 367 vta.), respeta las reglas de la lógica.

Tanto desde puntos de vista formal objetivos, como desde puntos de vista de co-dominio funcional en la ejecución en común del hecho poco importa determinar quién hurgó de facto en los bolsillos, quién despojó a la víctima de las zapatillas y del celular y de los documentos. En efecto, desde el primer punto de vista todos los agentes que emplean violencia física como instrumental al robo toman parte en su ejecución realizando la conducta típica, aunque no sean quienes hurgan, descalzan o toman bienes. Desde el segundo punto de vista, los aspectos meramente formales de ejecución de la acción del supuesto de hecho objetivo son expresiones, junto con otras, de la ejecución de una finalidad común, en la que los agentes cooperan mutuamente a la ejecución del plan común, se acercan, desbordan, acometen, y alguno o algunos, en el mismo contexto de esa violencia, despojan de bienes. Poco cambia si todo respondió a un acuerdo minuciosamente planeado de antemano, paso por paso, o si se trató de un acuerdo espontáneo para el

despojo, en el que los aportes se fueron dando a medida que se avanzaba en su ejecución, pues lo dirimente es si obraban mancomunadamente y si los unos cooperaban con los otros a un mismo fin.

Sentado lo anterior corresponde abordar la otra línea argumental de la defensa, que pretende que no puede confiarse de la declaración del testigo Mariano Julián Domínguez.

Evoco que en la crítica del testimonio se han de observar - al menos- tres abordajes: a) la veracidad, entendida como ausencia de indicios de mendacidad, que podrían sospecharse, por ejemplo, de las relaciones de interés del testigo, o de relaciones de amistad, enemistad, ánimo de favorecimiento o de perjuicio; b) la verosimilitud, que debe ser investigada en el examen intrínseco del contenido de la declaración, y en la medida de las posibilidades por su confrontación con otros elementos de prueba o de otros datos o informaciones que pudieran ser corroborantes o poner en duda la exactitud de lo declarado; y c) la persistencia o las vacilaciones en la incriminación (confr. mi voto como juez subrogante en la ex Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa n° 9149, “*Muñoz, Hernán Raúl s/recurso de casación*”, rta. 24/10/2008, Reg. n° 13.401; y tb. en esta Cámara, Sala 1, causa n° 9.749/2011/TO1/CNC2, “*Álvarez, José Gustavo s/abuso sexual*”, rta. 23/12/2015, Reg. n° 811/2015, y causa 35.631/2013/PL1/CNC1, “*Ortega, Luis Alberto s/ lesiones*”, rta. 22/04/2016, Reg. n° 308/2016).

En el primer abordaje, la veracidad atiende principalmente a una actitud subjetiva del testigo, y a sopesar su compromiso con la verdad, sobre la base de indicios objetivos; en el segundo se atiende principalmente al examen objetivo del contenido de su declaración, que busca desentrañar si lo que se declara puede corresponder con la realidad de lo ocurrido; en el último la persistencia o las vacilaciones pueden ser indicio tanto de falta de veracidad como de correspondencia entre lo percibido y declarado, y lo realmente ocurrido.

El tribunal *a quo*, por lo demás, no ha encontrado indicio alguno de mendacidad, ni vacilaciones en la incriminación o atribución del hecho al imputado. Observo que no se ha alegado evidencia alguna de que al declarar como testigo de cargo en el juicio, el testigo hubiese

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNC1

obrado movido por algún interés inconfesado distinto del de la persecución penal, o por enemistad o ánimo de perjuicio.

La defensa resalta el estado de ebriedad del testigo, pero esto en todo caso no es base para sostener su mendacidad, sino en todo caso para poner en duda su capacidad de apreciación de lo que acontecía, y por ende su verosimilitud. Sin embargo, ni el relato ofrecido al suboficial Castro Muñoz, ni el dado en el juicio, y documentado en el acta de la audiencia, tienen incoherencias, o vacíos de continuidad, que le resten verosimilitud.

El testigo ha dado cuenta de su enojo porque el primer despojo habría ocurrido a la vista de los suboficiales de la Prefectura: “Tenía ahí enfrente a dos de Prefectura que estaban mirando, no hacía nada” y “se fue a la estación de servicio donde le dijo a los dos de Prefectura por qué no hicieron nada, y se enojaron” (fs. 345); “[e]l primer hecho estaba a la vista, la policía lo vio y nadie actuó” (fs. 345 vta.). A su vez el cabo segundo de la Prefectura Naval Argentina había declarado que “[s]e le acercó un caballero cuando frenaron en la Shell de Av. Alcorta, les dijo que venía de la villa Zabaleta, había ido a ver unos amigos y le quisieron robar. Le preguntó si le habían sustraído algo y dijo que no. Lo empezó a agredir, él le dijo que se calme, lo volvió a insultar y se fue” (fs. 342 vta.), y que “[l]a persona se les acercó porque dijo que le habían querido robar, se le acercó para decirle eso. Le preguntó en qué parte, le dijo que había ido a ver un amigo, y ahí lo empezó a agredir, a insultar, logró calmarlo, y ahí le dijo que estaba tomando cerveza, que quisieron sustraerle las pertenencias y salió corriendo. Lo empezó a insultar de nuevo y se fue” (fs. 343). Este testigo fue repreguntado por la fiscalía y dijo que “no recordaba que el damnificado le hubiera dicho que le habían robado las zapatillas, en ese momento le miró la cara y no miró sus pies [...] Cuando lo vio agredido por la otra persona, estaba sin zapatillas” (*ibídem*). También contestó a las repreguntas que “[e]l damnificado primero dijo que lo quisieron robar, nada más. Creía que habían utilizado un arma blanca, no recordaba. Le dijo que ese masculino con otro lo habían querido asaltar con un arma blanca, nada más, no sabía si lo habían logrado. El mismo masculino del que después

se logró la detención, fue uno de los dos que participó en el hecho anterior” (*ibidem*).

La confrontación de estas dos declaraciones pone a la luz que efectivamente el testigo Domínguez reclamó e increpó a los suboficiales por no haber intervenido. La diferencia es que el primero asumía que ellos habían visto todo, y el suboficial de Prefectura declara no haber visto el hecho. La razón del reclamo es clara: lo habían querido robar, o lo habían robado, empleando un arma blanca, y el aquí imputado era no de los que habían tomado parte. Que lo habían robado es algo que afirmó el testigo Domínguez, y que dudó el suboficial Castro Muñoz, que primero dijo que el denunciante les decía que “lo habían querido robar, nada más”, aunque luego dudó y dijo “no sabía si lo habían logrado”. El mismo oficial que preguntó al denunciante dónde habría ocurrido esto, dando a entender que no vio el hecho, y que no tomó ninguna medida para ubicar a los ladrones, tampoco vio que el denunciante estaba descalzo, sino hasta después de detener al aquí imputado. Esta Cámara no es un tribunal de juicio que deba realizar un nuevo juicio sobre los dichos de los testigos, sin embargo, surge de esta confrontación que el testigo Domínguez en dos ocasiones ha dado sustancialmente la misma versión de los hechos. Su persistencia es relevante para el juicio de verosimilitud y veracidad.

La defensa sugiere una suerte de acusación por venganza o despecho. Porque el imputado quiso despojarlo del dinero del que otros no lo habían despojado en el primer acometimiento, entonces lo habría imputado de participación en éste por odio.

Propone que la duda sobre la veracidad del testigo es insuperable frente a lo que califica como “férrea negativa del imputado”.

En el marco del Código Procesal Penal de la Nación, que se rige por la libertad de apreciación de la prueba según las reglas de la sana crítica (arts. 206 y 398, segundo párrafo, CPPN), no hay regla alguna que imponga un modo determinado de probar los hechos de la acusación, ni un número mínimo de elementos de prueba. Sin un sistema de prueba tasada la pluralidad de testigos deja de ser un requisito esencial e intrínseco de la prueba testifical, y la convicción judicial, como resultado

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNC1

del acto de producción y valoración de la prueba, no depende necesariamente de la existencia de un mayor o menor número de elementos de prueba, por caso de un número plural de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, por lo que puede bastar el valor convictivo de un testigo único, incluso de la propia víctima (confr. *mutatis mutandis* para el procedimiento español MIRANDA ESTRAMPÉS, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 184).

De modo que, no se trata de desconocer valor convictivo al testigo por el sólo hecho de que afirma un hecho que el imputado niega. De lo que se trata es de examinar su relato conforme a las reglas de la sana crítica, confrontándolo con los otros elementos de prueba disponibles, y también con el relato del imputado, que -aunque no es un medio de prueba- podría ofrecer detalles o informaciones que hagan dudar sobre la veracidad o exactitud del testigo.

Más arriba he señalado las razones por las que surge con evidencia que el imputado es mendaz, y ha ido acomodando su versión una vez que se recibieron todos los medios de prueba. Primero negó toda intervención en los hechos, y dijo haberse acercado al damnificado para preguntarle qué le había pasado. Después admitió el segundo hecho, pero siguió negando cualquier intervención en el primero.

Observo que el suboficial de la Prefectura Naval Castro Muñoz ha declarado que el imputado estaba siguiendo, acechando, al señor Domínguez. Lo acechaba para robarlo, y lo siguió y lo acometió tan pronto aquél se alejó del primero. Lo acechaba porque sabía que la persona golpeada y descalza tenía una cantidad considerable de dinero. Surge del acta de la audiencia que Mariano Julián Domínguez había declarado que “[d]e la bronca que tenía, porque le habían ensangrentado la nariz, tenía plata guardada en la media que no le alcanzaron a sacar, y con esa plata le hizo ‘así’ de lejos, como gozando, a los que lo estaban mirando, y se fue a la estación de servicio [...]” (fs. 345), “[c]uando se fue con la policía, estaba ahí enfrente, y le mostró a otros conocidos, unos que vinieron a ver, la plata, no a T porque no lo vio después; se enteraron entonces que él tenía la plata que no le pudieron sacar. Y

luego aparecieron por allá a la vuelta T y otra persona más. Más o menos le sustrajeron \$ 5000 [...]”.

El suboficial Castro Muñoz, por su parte declaró que vio que cuando el denunciante le estaba hablando “un masculino se escondió. Se fue el que le hablaba y vio que el otro pasó por detrás del patrullero. Miró y vio que el que venía atrás lo seguía, lo empezó a correr. Dio la vuelta y logró ver que corrían los dos; pudo entonces alcanzar al segundo, que tenía en el piso al primero golpeándolo y ya le había sustraído el monedero [...] Cuando vio al agresor, estaba sustrayéndole algo de la campera, luego supo que era el monedero con plata, algo así como 4000 pesos”.

La negativa del imputado no es, pues, idónea para echar dudas sobre la veracidad del damnificado en cuanto la imputa a C A T haber tomado parte en los dos acometimientos. Es por lo demás inverosímil que no haya querido agredirlo ni tomar parte en la agresión, la primera vez, y que sí lo haya seguido, acechado, y agredido la segunda vez, pocos minutos después de la primera.

Pretende la defensa también arrojar dudas sobre la credibilidad del testigo Domínguez poniendo de resalto un intento de soborno de éste al suboficial Castro Muñoz. Según se asentó en el acta el suboficial declaró que “se encontraba con el demorado en el nosocomio para que le dieran el parte médico, y éste le dijo que para evitar los problemas que ya había, que agarrara parte de la plata que había y él se quedaba con el resto, que hiciera como que no pasó nada y que se iba a retirar sin que se diera cuenta [...] Estaba sentado en la camilla, le dijo ‘vamos a hacer así, vos agarrá la plata y vos no me viste’. Cuando él se negó, se enojó bastante y empezó a pedir sus datos supuestamente para hacer una demanda en su contra” (fs. 343/343 vta.). Esta incidencia relatada tuvo lugar después de la intervención de los suboficiales de la prefectura, y de la aprehensión del imputado, y lo único que indica es que el damnificado, una vez que había recuperado su dinero, no quería permanecer en el hospital, y quería retirarse. No indica, sin embargo, que hubiese declarado un hecho inexistente. El imputado había sido detenido en flagrancia, se había recuperado el dinero sustraído en el segundo

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNC1

acometimiento, y el testigo quería irse no obstante que el suboficial de prefectura no se lo permitía. De esta conducta -incluso reñida con la ley- no puede inferirse la mendacidad que acusa la defensa.

En tales condiciones, concluyo que no se advierten defectos en la coherencia interna ni en la fundamentación fáctica de la sentencia de condena que ha apreciado los elementos de convicción producidos en el juicio de modo conjunto, confrontándolos de modo crítico unos con otros, con arreglo a la común comprensión de las cosas, la lógica y la experiencia. No encuentro pues ni infracción al art. 3 CPPN ni a las reglas de apreciación de la prueba que emanan de los arts. 241 y 398, segundo párrafo, CPPN.

3.- En otro orden la defensa acusa que el *a quo* ha incurrido en errónea aplicación del art. 166, inc. 2, CPPN. Arguye que la sentencia incurrió en errónea interpretación de la ley sustantiva al establecer la significación jurídica del primer hecho como robo agravado por haber sido cometido mediante el uso de armas en los términos del art. 166, inciso 2º, primer párrafo, CP, y afirma que incurrió en una aplicación analógica de la ley penal. Pretende que el primer hecho debería ser calificado como robo simple (art. 164 CP).

En el primer voto de la sentencia recurrida, que ha concitado la mayoría, se ha afirmado, con cita de doctrina, que arma “es todo objeto capaz de producir un daño en el cuerpo o en la salud de una persona... Para que un objeto sea arma, no es necesario que esté destinado para matar específicamente, pues arma, en los términos de nuestro Código Penal, es todo elemento que aumente la capacidad ofensiva por parte del sujeto activo”. Agregó, también con cita de doctrina, que “el arma debe haber sido utilizada por el agente en una efectiva acción violenta o intimidatoria para doblegar o evitar la resistencia de la víctima de esa acción (el sujeto pasivo del robo o un tercero), ya sea clavándola, golpeando, apuntando con ella, blandiéndola o mostrándola significativamente...”.

A continuación expresó que “del testimonio del damnificado, verificamos que el uso del cuchillo se utilizó durante la comisión del ilícito, en forma amenazante”.

El art. 166, inc. 2, primer párrafo, CP conmina el hecho con una escala penal más grave “si el robo se cometiere con armas”. Reproduciré en lo pertinente la inteligencia que he asignado a esa disposición y que he expuesto en esta Cámara en el caso “*Cordero, Facundo Ernesto Nabuel s/robo con armas*” (Sala I, causa n° 31287/14, rta. 30/10/2015, reg. 605/2015).

El supuesto de hecho de la agravación requiere establecer el alcance de un elemento descriptivo que denota un objeto físico. Al no tratarse de un elemento descriptivo de carácter normativo, sino de carácter natural, la interpretación exige partir del sentido literal de un término que pertenece al lenguaje natural. Aquí es necesario advertir que es ineludible una cierta vaguedad o textura abierta de cualquier término del lenguaje natural que describa una cosa física. Por cierto es al menos teóricamente posible cerrar la textura del lenguaje, mediante descripciones más precisas, por ejemplo, sustituyendo armas por dardos, lanzas, cuchillos, ballestas, catapultas, bombas, granadas, pistolas, revólveres, boleadoras, mazas, garrotes, etc. Sin embargo, ello no despejaría el problema de los confines de esos términos al momento de decidir si un objeto dado está o no comprendido en esos términos naturales. Esto se conecta con la necesidad de que las leyes guarden carácter general, lo que impide la creación de una norma particular, por ejemplo, la que castigase más gravemente el empleo de un cuchillo de filo agudo de cierta longitud de hoja, para la ejecución del robo, o el empleo de un objeto de vidrio con bordes filosos de cierta extensión. Porque por su cerrazón dejarían de ser generales y pasarían más bien por directivas particulares. Un sistema jurídico construido sobre esa cerrazón sería impracticable.

De suerte que ante la ineludible necesidad de emplear términos generales que encierren de modo sintético categorías de cosas, se presenta más dramáticamente el problema de definir el confín de la categoría, o si una cosa se encuentra comprendida o excluida de ese confín. Frente a esto, es necesario establecer de modo general el límite semántico del término natural y confrontar sus posibles sentidos con el fin de protección de la norma, que está en la base de la ley que se

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNC1

interpreta, en el caso de la figura agravada. Esto permite superar el problema que plantea la textura abierta (o vaguedad) típica e ineludible del lenguaje natural.

Por cierto, el fin de protección de la norma sólo puede cumplir una función correctora del alcance literal, evitando aplicar la ley cuando una interpretación literal de elementos descriptivos abarcase supuestos en los que la punición agravada excede aquel fin de protección. A la inversa, no podría recurrirse al fin de protección de la norma para incluir supuestos que caen fuera del límite semántico del elemento descriptivo, porque ello constituiría una analogía prohibida por el art. 18 CN.

Sentadas esas premisas, corresponde establecer, en primer lugar, cuál es el alcance de la literalidad. Un buen punto de partida lo constituyen las definiciones comúnmente aceptadas en una sociedad, en un momento dado.

Según el diccionario de la lengua, se define como arma al “[i]nstrumento, medio o máquina destinados a atacar o a defenderse” (primera acepción, Real Academia Española, Diccionario de la lengua española, 23^a. ed., Espasa, Madrid, 2014). En esa definición no hay un concepto natural de arma, sino que ésta se define por ser destinada a atacar o defenderse, y puede constituir un instrumento, un medio o una máquina. En la definición no se alude a que hubiese sido “construida” o “fabricada” para atacar o defenderse, de modo que no es relevante la finalidad para la que el objeto fue construido, sino su uso.

Viene al caso evocar que en el Proyecto Tejedor, se consideraba que el término arma remitía en la realidad a “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). En la nota correspondiente, su autor hacía referencia a los textos clásicos, que caracterizaban el arma “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” (*vide* NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho*

Penal Argentino - Parte Especial, 1ª. ed. Lerner, Buenos Aires-Córdoba, 1978, Tomo V, p. 240, nota 118).

Así, desde temprano se ha sostenido que arma puede ser un revólver o un puñal fabricados para la defensa o la ofensa, pero también 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 (MORENO, Rodolfo, *El Código Penal y sus Antecedentes*, 1ª. edic., H. A. Tomasi Editor, Buenos Aires, 1923, Tomo V, ps. 145/146). De modo concordante se afirma en la doctrina que por arma debe entenderse tanto aquel instrumento concebido específicamente para herir o dañar a las personas -que se designa como arma propia- como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como medio contundente, ofensivo e intimidatorio -que se designa como arma impropia- (SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, 3ª. edic., TEA, Buenos Aires, 1973, Tomo IV, p. 267).

La pretensión de la defensa parte de un apego a un concepto de arma que sólo toma en cuenta la finalidad del constructor o fabricante del objeto, y no la finalidad del que la emplea para un destino. El fin de la fabricación no es decisivo, y entiendo que no lo es porque no se explica, sin embargo, por qué es la finalidad del que construye el objeto la que debe primar sobre la decisión de emplear el objeto destinándolo a herir o matar a una persona. La preferencia por una concepción que se apega a lo literal del concepto, y no a la mente o concepción del constructor, se decide mirando la cuestión desde el fin de protección de la norma.

La razón de la agravación reposa en que el agente comete el robo empleando un instrumento que aumenta su poder ofensivo, con riesgo para la integridad corporal o la vida del sujeto pasivo. No se trata sólo de constatar las características constitutivas del objeto, sino de su modo concreto de empleo, pues es éste el que define si tal riesgo se ha creado. En síntesis, lo que constituye al empleo de un instrumento en arma es su capacidad objetiva para aumentar el poder ofensivo del agente, y su empleo concreto usando de esa capacidad ofensiva. De

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNC1

modo que la elección y empleo de un instrumento para incrementar la capacidad humana de causar daños corporales y afectar la integridad física y la salud, y la constatación de que el instrumento tiene objetivamente capacidad para provocar un daño o afectación de ese tipo, define el alcance de la agravante del inc. 2º, del art. 166, CP, en esta figura compleja se castiga más severamente el injusto más grave, consistente en un mayor grado de peligro para la vida, integridad física o salud de la víctima.

De allí se sigue que no es el objeto por sí mismo, sino éste según su modo de empleo el que determina la aplicación de la figura agravada. Desde esta perspectiva deben entenderse comprendidas en el concepto de arma no sólo los objetos diseñados y construidos con la finalidad específica de herir o matar personas, sino también cualquier otro objeto que por sus características constitutivas sirva para herir o matar. En los dos casos, se requiere además que el objeto sea empleado de un modo idóneo inequívoco con la finalidad de aumentar el poder ofensivo del agente creando al menos un riesgo concreto para la integridad corporal o la vida.

Al examinar ese riesgo concreto, son pertinentes ciertas distinciones en las que la caracterización del robo por su comisión con arma se define por el concreto empleo del elemento que permite concluir que ha existido un objetivo incremento del poder ofensivo del agente, resultando insuficiente para ello la amenaza genérica de su uso, constitutiva de la intimidación.

En síntesis, la agravación del art. 166, inc. 2, primer párrafo, CP no radica simplemente en que el agente se vale de un poder de intimidación aumentado por el empleo o la exhibición de un objeto idóneo para herir, dañar o aumentar su poder ofensivo, pues la intimidación ya forma parte de una de las formas alternativas del supuesto de hecho objetivo de la figura básica del art. 164 CP, sino que radica en el hecho de que mediante el empleo de ese objeto crea un peligro concreto para la vida, la salud o la integridad corporal del sujeto pasivo del despojo. En síntesis, el empleo del objeto por el agente crea

un peligro concreto que se ve aumentado, superando el poder ofensivo de sus propios músculos, energías o habilidades.

La pretensión de la defensa no ofrece criterios operativos, pues si el elemento se define como arma investigando si ha sido diseñado o construido para herir o matar a otro, entonces resultan difíciles de salvar las inconsecuencias a las que el criterio lleva. Por ejemplo, no da respuesta a ciertos dilemas, porque no ofrecería una explicación satisfactoria acerca de por qué un arco y flechas diseñados y contruidos para defender un burgo de un ataque, o para guerrear, han de ser calificados como armas, y por qué no deberían ser calificados de tales los arcos y flechas contruidos para usos deportivos o de caza de animales. Ni a partir de qué momento la piedra filosa del paleolítico pudo haber trasmutado al carácter de arma, en forma de maza o hacha. Ni cuál es la razón de distinguir entre un lanzallamas bélico y un soplete de acetileno, o entre un cuchillo producido para menaje de cocina, y otro de similares características contruido para defensa o ataque.

La discusión aparece enturbiada por el empleo de una distinción entre armas “propias” e “impropias”. Las armas no son propias ni impropias, son objetos de los que se sirve el hombre, instrumentalmente, para atacar o defenderse, o si se quiere, para herir o matar. Es el empleo de esos objetos destinándolos a ese fin el que los califica como armas. La naturaleza pone, sin embargo, un límite: no pueden ser tildados de armas los objetos que por su naturaleza o su modo de empleo no son idóneos para herir o matar, aunque el que las emplea las destine a ese fin.

El alcance que el *a quo* ha dado al término descriptivo “arma” se ajusta a la ley, sin incurrir en analogía alguna.

Ahora bien, esta concepción conduce a examinar las características objetivas del elemento elegido como instrumento para la ejecución del robo, y en particular, sus potencialidades para producir daños corporales, y en segundo lugar, el modo concreto de empleo.

El empleo de un cuchillo, incluso de uno de menaje, o el de tenedores modificados como “pinches” o elementos punzantes, puede satisfacer la calificación de “arma” en el sentido del art. 166, inc. 2º,

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNC1

primer párrafo, CP, a condición de que se establezca de modo concreto y circunstanciado un modo de uso que excede el de la nuda intimidación, esto es, que el concreto empleo de esos elementos hubiese creado, por el modo de empleo, un riesgo inmediato para la integridad física del sujeto pasivo.

A este respecto evoco que la figura compleja del inciso segundo, párrafo primero, del art. 166, castiga más severamente el injusto más grave consistente en un mayor grado de peligro para la vida, integridad física o salud de la víctima.

En efecto, cuando el agente emplea en la ejecución del robo un instrumento que no ha sido construido ni diseñado con la finalidad específica de herir, dañar o aumentar el poder ofensivo de las personas, su caracterización como arma debe estar definida por el concreto empleo del elemento que permita concluir que existió un objetivo incremento del poder ofensivo del agente, resultado insuficiente para ello la amenaza genérica de su uso, pues la amenaza genérica de uso no se diferencia de la intimidación o *vis compulsiva* de la figura básica.

De allí que sólo cuando el agente ha hecho un empleo de tal clase de objetos que creó un peligro concreto para la vida, integridad corporal y salud del sujeto pasivo, puede considerarse que cometió el robo con el empleo de un arma impropia.

Ahora bien, observo que al describir el primer hecho que tuvo por probado, y sus circunstancias, en la sentencia se afirma que el imputado “T junto con los otros masculinos se valieron de un cuchillo de cocina y pinches de cocina con punta filosa, con el fin de amedrentarlo, así como también le profirieron golpes de puños en distintas partes del cuerpo, fundamentalmente en el rostro y la espalda, de lo cual resultó lesionado y luego de haberle palpado todo el cuerpo le sustrajeron los elementos antes mencionados” (fundamentos de la sentencia, fs. 366 vta.). En el capítulo de la calificación jurídica se afirmó que concurría la circunstancia agravante del primer párrafo del inc. 2º del art. 166 del Código Penal, toda vez de la declaración de la víctima “verificamos que el uso del cuchillo se utilizó durante la comisión del ilícito, en forma amenazante” (fs. 371).

En este aspecto, el agravio de la defensa, desarrollado en la audiencia, debe ser acogido, pues la circunstancia objetiva de la agravación no puede tenerse por satisfecha. Ello es así porque no surge de la sentencia, ni de la valoración que se hace de los imprecisos dichos de la víctima -en cuanto al modo en que fue utilizado el cuchillo y los tenedores- que constan en el acta de debate (confr. fs. 345 vuelta), que se hubiese empleado esos elementos de un modo que trascendiese la mera amenaza de uso agresivo, esto es, que superase la mera intimidación, creando de modo inmediato un riesgo para la integridad corporal. Pues no se dice en la sentencia cómo se emplearon, si se los blandió a distancia o se los aproximó al cuerpo, o si se colocaron sobre él, de modo de concretar tal riesgo para la integridad física. Por ende, si la sentencia no ha establecido la creación de un riesgo típico derivado de la circunstancia de hecho de la figura agravada del art. 166 -inc. 2, párrafo primero- CP, entonces la calificación jurídica, a tenor de esta disposición, ha sido erróneamente establecida y la sentencia debe ser reformada.

Entiendo así que el hecho identificado con el número 1 es constitutivo de robo, agravado por su comisión en poblado y en banda (art. 167, inc. 2, CPPN), como había propuesto la jueza que votó en segundo término, en disidencia con la mayoría.

A este respecto observo que, según se ha tenido por probado, el imputado actuó junto con un número plural -que en la sentencia se estimó entre cuatro y cinco personas- y que la participación en un acometimiento conjunto de las características descritas en el capítulo I del primer voto satisface la agravante por la comisión del robo en banda, según el alcance que a esa disposición he asignado en esta Cámara a partir de mi voto en "*Canto Bordón, Jonatan s/ recurso de casación*" (Sala I, causa n° 41.206/2010, rta. 30/08/2016, reg. n° 662/2016).

Esta conclusión conduce a la fijación de una pena dentro de la nueva escala penal compuesta según el art. 55 CP.

4.- La Defensa impugna también la declaración de reincidencia, impugnación que adelanto propondré sea rechazada.

En efecto, los argumentos de la recurrente desarrollados en el escrito de interposición de su recurso de casación y reiterados en el

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNCI

plazo de oficina, por los que pretende que se declare la inconstitucionalidad del art. 14 CP en conexión con el art. 50 CP, en cuanto el primero obsta a la posibilidad de que el condenado acceda a la libertad condicional por su condición de reincidente, son sustancialmente idénticos a los planteados y considerados en la causa n° 25.999/2014, caratulada “*Giménez, José Santiago s/estafa*”, de esta Sala (rta. 10/07/2015, Reg. n° 238/2015), por lo que por razón de brevedad he de remitirme a lo expuesto en el voto que emití en ese caso, sin perjuicio de agregar copia de esa decisión.

A ello cabe agregar que el recurrente tampoco se hecho cargo de proponer alguna razón para superar el escollo que representa la constante jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha rechazado reiteradamente tal clase de impugnaciones (causas: A. 558, L° XLVI, “*Arévalo, Martín Salomón*”, rta. 27/05/2014, CSJ 133/2013 RH, “*Bejarano, Alejandro David y Romero Vallejos, Sebastián*”, y CSJ 61/2013 RH, “*Ojeda, Rodrigo Pedro y otro*”, rta. 02/12/2014; CSJ 65/2014 RH, “*Díaz, Juan Marcelo*”, CSJ 880/2013 RH, “*Martínez, Maximiliano Ariel*”, CS 77/2014 RH, “*Verón, Alexis Saúl*”, rtas. 30/12/2014; CSJ 660/2014 RH, “*Montiel, Andrés Alejandro*”, rta. 10/02/2015; CSJ 503/2014 RH, “*Barcela, Miguel Ángel*”, rta. 19/02/2015; CSJ 676/2014 RH, “*Gómez, Damián Horacio*”, rta. 03/03/2015; CSJ 5352/2014/CSL, “*Rubira Olmedo, Héctor Fabián*” y CSJ 694/2014 RH, “*Montiel, Sergio Leonardo Ezequiel*”, rta. 17/03/2015; CSJ 494/2014 RH, “*Benítez, Brian Alan*”, rta. 14/04/2015; CSJ 184/2013 RH “*Novick, Víctor Darío*”, rta. 29/04/2015; CSJ 193/2014 RH, “*Espíndola, Daniel*”, rta. 04/05/2015; CSJ 1923/2014/RHI, “*Mieres, Ricardo y otros*”, y CSJ 659/2014 RH, “*Aragón, Juan Manuel y otros*”, rtas. 12/05/2015), lo que conduce a concluir en la insustancialidad de su planteo.

5.- Atento a las consideraciones precedentes, concluyo que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación de fs. 390/413, y reformar el punto dispositivo I de la sentencia de fs. 354, cuyos fundamentos obran a fs. 357/382, condenando en definitiva a C A l T como coautor responsable de robo agravado por su comisión en banda, en concurso real con robo en grado de tentativa

(arts. 42, 45, 55, 164 y 167, inc. 2, CP). Ahora bien, como se señala en los votos que a continuación se exponen, vencido en este punto por la mayoría, que ha concluido que corresponde absolver a C A T por el hecho por el que fue acusado y ha sido individualizado como “hecho I” en la sentencia recurrida, es inoficioso que me pronuncie sobre la incidencia que tendría sobre la pena mi conclusión minoritaria.

En lo demás que ha sido materia de impugnación concluyo que corresponde confirmar la sentencia recurrida, sin costas, atento al éxito parcial obtenido (arts. 530 y 531, CPPN).

Así voto.

La jueza **María Laura Garrigós de Rébori** dijo:

I-) Para una mejor claridad expositiva, dadas las consideraciones que la defensa oficial realizó en su presentación en términos de oficina y en el marco de la audiencia oral respecto del hecho II, cabe señalar que la instancia se habilitó exclusivamente para tratar al denominado hecho I, siendo que tales observaciones las formuló en vista a ilustrar lo que consideró una incorrecta valoración de la prueba en relación al episodio cuya atribución cuestionó. Incluso, en el recurso de casación y en la audiencia oral, la parte recurrente fue categórica al señalar que únicamente se agraviaba por la condena dictada en relación a ese episodio.

Sentado ello, hay que tener presente que fueron cuatro los pilares de su articulación, a saber: a) arbitrariedad en la valoración de la prueba y consecuente atribución de autoría a T b) errónea aplicación de la ley sustantiva en lo que concierne a la calificación legal, c) arbitrariedad en la graduación de la pena, y d) inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia.

II-) Ingresando en el fondo de la cuestión articulada, considero que más allá de la sinceridad con la cual pudo haberse explayado Domínguez, su testimonio se presenta insuficiente a la hora de dar por acreditada, con el grado de certeza apodíctico que requiere un pronunciamiento condenatorio, la materialidad del suceso cuya atribución cuestionó.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNC1

A mi modo de ver, las dudas sembradas a partir de la inconsistencia de su versión no fueron despejadas suficientemente en la sentencia, y, por lo tanto, resulta inconducente sindicar a T como uno de los autores de ese hecho en función del aislado relato del damnificado.

En primer término, advierto que Domínguez al describir el supuesto accionar desplegado por el mencionado, lo hizo en modo confuso y contradictorio, sin lograr precisar, siquiera mínimamente, su aporte en el desapoderamiento del que fue víctima.

De la primera parte de su relato ante el tribunal oral, surge que mientras conversaba con otras personas "...Ahí apareció T bastante acelerado, no sé qué, estaban hablando ahí cosas comunes, normales, le preguntó si le podía prestar plata para consumir algo, le prestó, y bueno, él estaba medio mal, tomado, y de repente en cierto momento ya se empezaron a juntar y se le vinieron todos encima; se le vino uno con todos los pelos así –hizo el gesto–; eran cuatro, lo tiraron para atrás, le empezaron a pegar, a “bolsijear”, le sacaron las zapatillas, todo. (...) Y bueno, cuando se levantó, él –T –, que se había quedado al lado suyo, le dijo “yo no hice nada” y se fue...” (conf. fs. 345).

Desde mi punto de vista, no se desprende con claridad de esta secuencia quienes fueron los sujetos que se empezaron a juntar, si aquellos aprovecharon que estaba charlando con T para agredirlo, como tampoco si es que el recurrente se quedó parado junto a él de manera pasiva o formó parte de la agresión. Es que siguiendo sus afirmaciones, pareciera que los sujetos que lo agredieron fueron exclusivamente aquellos que se juntaron mientras conversaba con aquél, extremo que excluye a éste último del grupo que le sustrajo sus pertenencias. Tampoco surge con precisión si cuando aludió que T se había quedado al lado suyo, lo fue en el momento del desapoderamiento o luego de ello.

Posteriormente, afirmó que "...Primero había una piba y un chico, después vino él –T y vino otro y así. Hablaron comúnmente, normal, él no pensó que iban a hacer lo que hicieron, a

tomar esa actitud. En el momento en que había un muchacho que después vio que lo habían detenido, un flaco alto con los pelos todos sucios, le vino de frente ya con un cuchillo, le hizo “así así y así”, lo tiraron para atrás, no se podía mover, le pegaron. Estaban todos con pinches, todos tenían esos tenedores. T estaba ahí al lado suyo, él no vio porque se le tiraron todos encima. Lo pudo ver en ese grupo, eran como cinco que le estaban pegando en la cara y lo vio, estaban todos bolcijéandolo, sacándole las pertenencias, ahí lo vio. Todos hacían lo mismo...” (conf. fs. 345vta.).

Lejos de despejar dudas en cuanto a la secuencia de este hecho, el pasaje *ut supra* transcrito, en el marco del mismo testimonio al que vengo haciendo referencia, las potencia.

En efecto, se pasó de un grupo de cuatro agresores a cinco, se incluyó en la maniobra el uso de armas blancas a las que antes no se aludió, y, en lo que concierne a la actitud puesta de manifiesto por T las idas y vueltas que emergen de su relato impiden develar con seguridad cuál fue su verdadero proceder. Véase, que primero refirió que lo tiraron para atrás (lo cual podría considerarse como una pauta de actuación conjunta), que a continuación nuevamente afirmó que estaba al lado suyo, pero que no vio porque se le tiraron todos encima, para seguidamente señalar que lo pudo ver en ese grupo. Se trata, en mi opinión, de circunstancias que entre ellas se excluyen, y, por lo tanto, no pueden coexistir.

El pronunciamiento no se hizo cargo de clarificar debidamente estas cuestiones que mayormente fueron puestas de manifiesto en el alegato de la defensa, y, por el contrario, concluyó la solidez de la imputación en base a que Domínguez no hesitó al afirmar que T fue uno de los autores, que cruzó palabras con él previo a este suceso, la ausencia de animosidad de su parte para con el recurrente, y una cierta correspondencia con lo declarado por el prefecto Muñoz.

Sin embargo, lo hizo eludiendo todo tipo de consideración a las reiteradas referencias de Domínguez de que él estaba “tomado” y “bastante ebrio”, lo cual, evaluado en consonancia con lo señalado en los párrafos anteriores, me lleva a dudar de la correcta percepción de los

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNC1

hechos por parte del nombrado. Máxime, cuando, como es sabido, el consumo de bebidas alcohólicas en niveles importantes influye en la percepción que las personas tienen de la realidad y, muy especialmente, en los posteriores recuerdos en las vivencias que atravesaron bajo ese estado. Al respecto, hay que tener presente que “Hoy se sabe bien que el proceso mnemónico no arranca con un acto de simple observación, ni opera por mero almacenamiento y recuperación mecánicos, sino que, en todo su recorrido, tiene un alto componente de reelaboración”¹.

Al mismo tiempo, considero que no se puede concluir la participación de T: en este hecho a partir de los dichos del prefecto Muñoz, pues, lo concreto, es que no fue testigo ocular de este episodio. Consecuentemente, no pudo describir a sus autores, para de esa forma evaluar, más allá de las inconsistencias apuntadas respecto del testimonio de Domínguez, si alguno de ellos respondía a las características de T. Ello, sin entrar a considerar el impacto que podría llegar a tener la circunstancia de que la alegada correspondencia entre sus versiones, entre otros argumentos, se concluyó en base a que Muñoz observó desde un primer momento que Domínguez estaba sin sus zapatillas, cuando en realidad se explayó en sentido contrario.

Ante el escenario descripto, concluyo que la reconstrucción histórica del evento que entiendo se puede realizar a partir de una racional y objetiva evaluación de la prueba recibida en el debate (art. 398 C.P.P.N.), carece de la contundencia necesaria para quebrar la situación de inocencia de la que goza el imputado, dado que nos encontramos ante un marco de duda insuperable, y, en función de la regla *in dubio pro reo* del artículo 3 del ordenamiento procesal, corresponde estar a la interpretación más favorable al imputado.

Por ello, propongo al acuerdo casar este aspecto de la resolución impugnada, y absolver a C A T exclusivamente en relación al evento que fue individualizado como “hecho I” en la sentencia de fs. 357/382vta., y declarar inoficioso el tratamiento del agravio individualizado como b) en el punto I de este

¹ Andrés Ibáñez, Perfecto; “Prueba y convicción judicial en el proceso penal”; 1º ed., Bs. As., Hammurabi, 2009, pág.107.

voto, sin costas (artículos 402, 457, 459, 468, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

III-) Corresponde ahora analizar las críticas esgrimidas contra el monto de la sanción.

A partir de la propuesta que habré de formular al acuerdo, que lleva a una modificación en cuanto a la cantidad de injustos por los que debe responder T y, consecuentemente, de la escala penal aplicable al caso ante la significación jurídica en la que fue subsumida la conducta atribuida (robo en grado de tentativa –entre los quince días y los cuatro años de prisión-); como así también de que al momento de evaluar las agravantes y atenuantes los magistrados de juicio lo hicieron considerando en modo global ambos hechos y que ante este tribunal no se realizó la audiencia en los términos del artículo 41 del Código Penal, concluyo que corresponde llevar adelante un nuevo análisis sobre el monto de la pena por parte de otro Tribunal Oral.

IV-) En relación a la constitucionalidad del instituto de la reincidencia, advierto que la impugnación de la defensa en este punto abarcó similares términos a los debatidos en el legajo de ejecución penal caratulado “Olea, Héctor Federico”.

Sostuve en aquella oportunidad, en lo que aquí interesa, que “...Amplio es el debate que de antaño mantuvo la doctrina y jurisprudencia respecto de la legalidad del instituto de la reincidencia, discusión que se vio reflejada en distintos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya aplicación constituye una guía a la cual los tribunales inferiores deben intentar conformar sus decisiones (fallos 307:1094; 324:3764; 328:103 C.S.J.N.).

En este aspecto, es insoslayable que varios de los argumentos desarrollados por la defensa, como ser, que la reincidencia y el impacto que tiene sobre otros institutos vulnera los principios de derecho penal de acto, de culpabilidad y *ne bis in idem* fueron evaluados en similares términos a los aquí propuestos por el alto tribunal, extremo que, en lo que concierne a estas cuestiones, sellarían la suerte del acuerdo (fallos 311:552 “Valdez” y 311:1451 “L’Eveque” C.S.J.N. Con

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNCI

posterioridad a la reforma de 1994: fallo L.558. XLVI “Arévalo, Martín Salomón, cn° 11.835, rta. 27/5/2014, C.S.J.N.).

No veo que el planteo de la defensa traiga aspectos novedosos que ameriten reevaluar las consideraciones que expuse en aquella oportunidad, y menos aún desconocer, por el sólo hecho de que se limitan al caso concreto, el criterio rector que constituyen los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En base a ello, corresponde confirmar también la sentencia en este punto.

V-) Subsidiariamente se postuló que T no cumplió en detención los dos tercios de la condena que le fue previamente impuesta, requisito que a entender de la defensa debe estar presente al momento de considerar la posible aplicación del instituto ante el dictado de una nueva sanción.

Sin embargo, esta afirmación está desvirtuada ante la circunstancia de que a T se le concedió la libertad condicional con fecha 25 de agosto de 2010, en el marco de la condena de tres años y dos meses de prisión que le impuso el Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 de Lomas de Zamora el 19 de mayo de 2009, y cuya fecha de vencimiento se fijó para el 18 de diciembre de 2010. Ello, es suficiente para advertir el error en el que incurrió la parte recurrente al realizar tal afirmación, porque para acceder al instituto en penas mayores a los tres años de prisión, es necesario el cumplimiento de al menos dos tercios de la condena (art. 13 del Código Penal) y haber alcanzado el estadio más alto en la progresividad del régimen penitenciario, lo que lleva a desechar sin más este planteo.

Por los motivos expuestos, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de C A T contra este punto de la sentencia, sin costas (artículos 456, 465, 468, 469, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez **Eugenio Sarrabayrouse** dijo:

1. Adherimos, en lo sustancial, al voto de la colega Garrigós de Rébora, por entender que en el caso existe una *duda razonable* en los

términos expuestos en los precedentes “**Taborda**”², “**Marchetti**”³ y “**Castañeda Chávez**”⁴ (entre muchos otros), en cuanto a la efectiva participación de T en el hecho I, que no ha sido correctamente despejada en la sentencia de la instancia anterior. En este sentido, duda razonable significa duda razonada, o mejor, duda justificada razonablemente, donde “razonable” equivale a carente de arbitrariedad. La consistencia de la duda no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena; y a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria.⁵ En este sentido, el testimonio de Domínguez, tal como ha sido volcado en el acta de debate y analizado por los jueces de la instancia anterior, carece de la precisión exigible en cuanto a la participación de T máxime como el mismo testigo lo reconoce, estaba “tomado” y “bastante ebrio”. Por esa razón, y compartiendo el resto de las razones y argumentos expuestos por la colega Garrigós de Rébora, corresponde absolver a T por este hecho.

2. La decisión propuesta torna inoficioso el tratamiento del agravio referido a la calificación legal de aquel suceso. A su vez, determina que deba fijarse un nuevo monto punitivo según los arts. 40 y 41, CP, en orden al delito de robo simple en grado de tentativa (hecho II).

En el caso particular, resulta necesario reenviar la causa para que otro tribunal oral, previa realización de la audiencia respectiva, fije la nueva pena. En este aspecto, debe considerarse que las únicas agravantes valoradas por el tribunal *a quo* han sido “...*la pluralidad de intervinientes en el primer delito y que ambos hechos fueron realizados uno tras otro contra la misma víctima, aprovechándose en dos oportunidades de su estado de vulnerabilidad...*” (fs. 373 vta.). Es decir, que la pena fijada tuvo en cuenta

² Sentencia del 02.09.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 400/15.

³ Sentencia del 02.09.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 396/15.

⁴ Sentencia del 18.11.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 670/15.

⁵ Cfr. las intervenciones de GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), ps. 127-139; IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *Prolongaciones a partir de Laudan*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), pp. 141-150..

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNC1

la vinculación dos hechos, uno de los cuales, el más grave, aquí se ha resuelto su absolución. A ello se suma que T no ha sido entrevistado por esta Sala en los términos del art. 41, CP, según el alcance que le ha dado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso **“Niz”**⁶.

3. En lo atinente a la declaración de reincidencia de T cabe remitirse, sobre la constitucionalidad del instituto, a los argumentos sostenidos en los precedentes **“Giménez”**⁷, **“Salto”**⁸ y **“Medina”**⁹ (entre muchos otros). Allí se concluyó que la cuestión se encuentra provisoriamente saldada en el ámbito judicial por diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en lo sustancial se han referido, de manera invariable, a este tema: **“Gómez Dávalos”** (Fallos 308:1938, del 16 de octubre de 1986), **“Gelabert”** (Fallos 311: 1209, del 7 de julio de 1987), **“Valdez”** (Fallos 311:522, del 21 de abril de 1988), **“L’Eveque”** (Fallos 311:1451, del 16 de agosto de 1988), **“Gramajo”** (Fallos 329:3680) y fundamentalmente **“Arévalo”** (causa A.558.XLVI, del 27 de mayo de 2014). Éstos muestran que la Corte Suprema ha mantenido desde 1986 hasta mayo de 2014 una línea constante, en donde se ha pronunciado por la constitucionalidad del instituto, rechazando que afecte el principio de culpabilidad, el *ne bis in idem* y la igualdad ante la ley.

Razones de economía procesal aconsejan seguir esta jurisprudencia, pese a nuestra opinión contraria al instituto, principalmente por el etiquetamiento que genera, sin ser necesario aquí ampliar otros fundamentos¹⁰.

4. Con respecto al agravio introducido en el término de oficina, corresponde su examen de acuerdo con lo señalado en los

⁶ N.132.XLV, rta. 15.6.2010.

⁷ Sentencia del 10.07.2015, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 238/2015.

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

⁹ Sentencia del 3.09.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 406/15.

¹⁰ Cfr. MAIER, Julio B. J., op. cit., ps. 640 – 647, en particular, ps. 644 y sigs. Con anterioridad al fallo **“Arévalo”** citado, resolvimos esta cuestión en los casos **“Sandoval”** del 15.11.2004 y **“Miranda Díaz”** del 27.08.2013 como integrante del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, provincia de Tierra del Fuego. En el último caso mencionado, adherimos a una posición diferente a la sustentada por la Corte Suprema.

precedentes “**Castañeda Chávez**” y “**Briones**”¹¹, entre muchos otros. En definitiva, se trata del derecho del condenado a que sean revisados los *agravios verosímiles* planteados.

Sin embargo, lo dicho no significa eximir a la defensa del correcto planteo y fundamentación de los nuevos agravios introducidos.

En este aspecto, la parte impugnante no ha rebatido ni se ha hecho cargo de las afirmaciones del tribunal *a quo* en tanto éste mencionó y consideró la concesión de la libertad condicional a T el 25 de agosto de 2010 en el marco de la condena que vencía el 18 de diciembre de 2010 (fs. 378 vta.) como antecedente que justificaba la declaración de reincidencia. Tampoco ha demostrado ni planteado los motivos por los cuales no debía considerarse este extremo, ni efectuó una crítica concreta a la decisión de los jueces en el punto, sino que se limitó a sostener su postura sobre la verificación del cumplimiento en detención, en calidad de condenado, de las dos terceras partes de la pena, lo que aquí no había sucedido. Nada dijo acerca del concreto tratamiento penitenciario que recibió T , las etapas que alcanzó, qué tiempo estuvo detenido cautelarmente y si se había acogido al régimen de ejecución anticipada voluntaria de la pena. Por lo tanto, la mera mención del plazo que debió cumplir como condenado, sin ninguna conexión a su evolución concreta, sella la suerte de este planteo y conduce, sin más, al rechazo del recurso en este punto.

5. En virtud de lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar el punto I de la sentencia de fs. 357/382 vta. únicamente en cuanto al delito de robo agravado por haber sido cometido con armas, absolver a T por ese hecho, y remitir las actuaciones a nuevo tribunal oral para que previa realización de la audiencia respectiva, fije la nueva pena, en orden al delito de robo simple en grado de tentativa. Sin costas (arts. 530 y 531, CPPN).

En virtud del acuerdo que antecede, la **Sala 1** de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital

¹¹ Sentencia del 23.10.2015, Sala III, jueces Jantus, Garrigós de Rébora y Sarabayrouse, registro n° 580/15.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 45873/2014/TO1/CNC1

Federal, por mayoría, **RESUELVE:**

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación de fs. 390/413, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia de fs. 357/382 vta., y **ABSOLVER A C. A T** exclusivamente con relación al hecho que fue individualizado como “hecho I”, y que había sido calificado por la acusación como robo agravado por el uso de armas, por el que debía responder como coautor (artículos 402, 457, 459, 468, 469, 470, del Código Procesal Penal de la Nación).

II. DECLARAR INOFICIOSO el tratamiento del agravio concerniente a la graduación de la pena y **RECHAZAR** el recurso de casación e inconstitucionalidad y **CONFIRMAR** la sentencia recurrida en todo lo demás que ha sido motivo de impugnación.

III. REMITIR las presentes actuaciones a la Cámara Federal de Casación Penal a fin de que sortee a un Tribunal Oral en lo Criminal con el objeto de que, previa audiencia, fije nueva pena a C A T de conformidad con lo aquí resuelto.

IV. DECLARAR que esta sentencia se dicta sin costas en razón del resultado parcial obtenido por la recurrente (arts. 530 y 531 CPPN)

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; LEX 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

MARÍA LAURA GARRIGÓS
DE RÉBORI

LUIS M. GARCÍA
(EN DISIDENCIA PARCIAL)

EUGENIO C. SARRABAYROUSE

Ante mí:

PAULA GORSO
SECRETARIA DE CÁMARA