



Cámara Federal de Casación Penal

Sala II
Causa Nº CCC 29216/2013/T01/CFC1
"ÁLVAREZ, David y DA SILVA, Oscar
Ademar s/ recurso de casación"

I. ANDREA TELLECHEA SUÁREZ
SECRETARÍA DE CÁMARA

Registro nro.: 68/16
LEX nro.: CCC 29216/2013/
T01/CFC1

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 18 días del mes de febrero del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por la señora juez Angela E. Ledesma como Presidente y los doctores Alejandro W. Slokar y Pedro R. David como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora Mariana Andrea Tellechea Suárez, a los efectos de resolver los recursos interpuestos contra la resolución de fs. 859/885 vta. de la causa nro. CCC 29216/2013/T01/CFC1 del registro de esta Sala, caratulada "Álvarez, David y Da Silva, Oscar Ademar s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General doctor Javier Augusto De Luca y la Defensa Pública Oficial Ad Hoc, doctora María Florencia Lago.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Pedro R. David y en segundo y tercer lugar los doctores Alejandro W. Slokar y Angela E. Ledesma, respectivamente.

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

-I-

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal Nº 23 de esta ciudad, resolvió, en lo que aquí interesa,:

I-CONDENAR a DAVID ÁLVAREZ, cuyas demás condiciones personales surgen del exordio, a la pena de TRES AÑOS Y CUATRO MESES DE PRISIÓN, con accesorias legales y costas del proceso, por ser autor del delito de tentativa de robo -hecho nº I- y coautor del delito de tentativa de robo con arma -hecho nº III-, en concurso real (arts. 12; 29, inc. 3º; 40; 41; 42; 44, 45; 55; 164; 166, inc. 2º, primer párrafo; y concordantes del Código Penal; arts. 398, 399, 400, 401, 403, 530, 531 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación).

II-CONDENAR a OSCAR ADEMAR DA SILVA, cuyas demás condiciones personales surgen del exordio, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN y costas del proceso, por ser coautor del delito de tentativa de robo con arma -hecho nº III- (arts. 29, inc. 3º; 40;

41; 42; 44; 45; 166, inc. 2º, primer párrafo; y concordantes del Código Penal; arts. 398, 399, 400, 401, 403, 530, 531 y cc. del Código Procesal Penal de la Nación).

III-RECHAZAR el planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia formulado por el Sr. Defensor Oficial.

IV-DECLARAR REINCENTENTE al nombrado OSCAR ADEMAR DA SILVA (art. 50 del Código Penal).

2º) Que la defensa estimó procedente el recurso de casación en virtud de lo dispuesto en el art. 456, incisos 1º y 2º del C.P.P.N..

En primer lugar, la defensa manifestó que el acta de debate constituía una mera enunciación de los elementos de prueba incorporados.

En este sentido, agregó que "...su contenido se ignora y no puede valorarse porque no se encuentra grabado, filmado ni sintetizado en documento alguno en virtud de que el juicio no fue grabado ni filmado imposibilitándose de ese modo el conocimiento de lo ocurrido en la audiencia".

En segundo término, se agravió por considerar que se había aplicado erróneamente la figura legal de robo con armas en grado de tentativa, debiendo calificarse la conducta como robo simple en grado de tentativa.

Al respecto, expuso que "...no puede tenerse por configurado el tipo objetivo del delito de robo con armas, en atención a que el presunto elemento corto-punzante utilizado en el hecho, no pudo ser individualizado".

Agregó que "...existen otros elementos, entre los secuestrados a mis defendidos, que no poseen las características necesarias para poder ser englobados dentro del concepto 'arma', máxime si se considera la forma en la que el presunto elemento ha sido utilizado en este hecho".

Así, adujo que "...no existe en esta causa la certeza necesaria que requiere un pronunciamiento condenatorio como para tener por acreditado que el elemento utilizado contra el damnificado Scagliusi fue, como lo sostuviera el Sr. Fiscal un destornillador, o, como lo afirmara la mayoría del TOC 23, alguno de los otros elementos secuestrados".

En consecuencia, sostuvo que, considerando que "...el objeto que se le apoyara a Scagliusi en su cuerpo no fue observado por la víctima, este hecho resulta constitutivo, en realidad, del delito de robo simple tentado...".


I. ANDREA EL ESCUDERO
SECRETARIA DE CÁMARA



Cámara Federal de Casación Penal

Sala II
Causa Nº CCC 29216/2013/T01/CFC1
"ÁLVAREZ, David y DA SILVA, Oscar
Ademar s/ recurso de casación"

Añadió que "...no sólo que el presunto elemento punzante no fue individualizado, sino que incluso no se determinaron sus características puesto que Scagliusi no pudo brindar ni el más mínimo detalle en cuanto a las particularidades del mismo...", así como que "...no le dejó marca alguna...".

Luego, la defensa cuestionó los montos de las penas impuestas.

Por un lado, cuestionó que en el voto del Dr. Anzoátegui se calificara al damnificado como un niño para agravar la conducta analizada, teniendo en cuenta que "...compareció al debate por sus propios medios y manifestó tener 18 años".

Por otra parte, sostuvo que "...Scagliusi manifestó en el juicio que el golpe recibido en su rostro fue antes que le apoyaran un objeto en su espalda, por lo que lo aseverado en la sentencia para agravar la pena no se corresponde en modo alguno con lo sucedido en este hecho".

Con relación a Da Silva, manifestó que no fueron consideradas ciertas circunstancias atenuantes que surgían de su informe socioambiental.

Además, solicitó que se impusiera una pena de ejecución condicional.

Por último, solicitó la declaración de inconstitucionalidad del instituto de reincidencia.

3º) Que se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 466 del Código Procesal Penal de la Nación.

En dicha oportunidad, el señor Fiscal General presentó el escrito -obrante a fs. 645/648- en el que solicitó el rechazo del recurso.

Por su parte, la defensa se presentó a fs. 650/657 reiterando los agravios expuestos en el recurso impetrado.

-II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal estimo que el recurso de casación interpuesto con invocación de lo normado en el art. 456, incs. 1º y 2º del Código Procesal Penal de la Nación es formalmente admisible toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que el recurrente invocó fundadamente la errónea aplicación de la ley procesal;

además el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto por el art. 457 del citado Código.

Algunas de las cuestiones presentadas, atento a su naturaleza, serán resueltas de acuerdo a los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal, Matías Eugenio" (Fallos: 328:3399) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 5º del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11º del voto del juez Fayt, y considerando 12º del voto de la jueza Argibay).

La jurisdicción de revisión quedará circunscripta a los agravios presentados y no implicará una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445; vid. también consid. 12º, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

-III-

Hecho I:

El tribunal a quo tuvo por probado que "...el 17 de mayo de 2013, aproximadamente a las 9, en la esquina de las calles Cuenca y Baigorria de esta ciudad, David Álvarez intentó apoderarse, mediante el empleo de violencia, de una cartera perteneciente a Silvana Patricia Mazaguez Arnould, la cual contenía un teléfono celular marca Motorola de la compañía Movistar, un monedero, su cédula de identidad y la suma de \$797.

Cuando la víctima caminaba por la mencionada esquina el imputado le quitó de un tirón la cartera que llevaba colgada de su hombro derecho y, tras forcejear por un breve lapso con aquélla, salió corriendo por la calle Baigorria. En razón de los gritos de la damnificada, el ladrón fue perseguido por Marcelo Adrián Franco Ferrari, que lo alcanzó en la calle Helguera al 2726 de esta ciudad, donde tras forcejear con él, pudo reducirlo con la ayuda de Eduardo Javier Rivero, hasta que llegó al lugar personal policial, que formalizó la detención del acusado y secuestró en su poder las cosas sustraídas".

Hecho III:

El a quo tuvo por probado que "...el 5 de junio del 2013, cerca de las 7.20, en la esquina de las calles Niceto Vega y Darwin de esta ciudad, David Álvarez y Oscar Ademar Da Silva se acercaron al niño Lucas Gastón Scagliusi, que había salido de su domicilio con destino al colegio, y mediante el ejercicio de



violencia física, se apoderaron de sus pertenencias, a saber, un teléfono celular marca 'Blackberry' y una billetera.

En las circunstancias antedichas Scagliusi caminaba por la vereda, cuando los acusados se le colocaron, uno delante para impedirle el paso, y otro por detrás, que lo aferró y le colocó un elemento punzante en su espalda, a la vez que le exigían la entrega de las cosas que llevaba. En el contexto del asalto, uno de los imputados le dio al niño un golpe de puño en el rostro, el cual le provocó lesiones de carácter leve. Tras obtener el botín, los ladrones escaparon por la calle Niceta Vega en sentido contrario al tránsito. Sin embargo, en forma inmediata se presentó la policía a bordo de un patrullero que circulaba por la calle Darwin, y tras una corta persecución, logró detener a los acusados y procedió al secuestro de los elementos sustraídos".

-III-

I) En primer lugar habrá de rechazarse el planteo nulificante de la defensa contra el acta de debate por carecer de un resumen de lo declarado por los testigos, debido a que la propia ley no contiene tal exigencia.

En efecto, el art. 394 del Código Procesal Penal de la Nación prescribe -en lo que aquí interesa- que: "El secretario levantará un acta del debate, bajo pena de nulidad. El acta contendrá: ... 4) El nombre y apellido de los testigos, peritos e intérpretes, con mención del juramento y la enunciación de los otros elementos probatorios incorporados al debate ... 6) Otras menciones prescriptas por la ley o las que el presidente ordene hacer, o aquellas que solicitaren las partes y fueren aceptadas.... La falta o insuficiencia de estas enunciaciones no causa nulidad, salvo que ésta sea expresamente establecida por la ley".

Como se observa, de adverso a lo sostenido por la defensa, que postula la nulidad del acta de debate por cuanto "...sus afirmaciones no encuentran apoyo en ningún elemento de la causa pasible de ser controlado por esta defensa...", la norma antes mencionada no sólo no trae aparejada dicha sanción procesal por tal circunstancia, sino que dispone la nulidad ante la inexistencia del acta de debate y luego precisa que ella debe contener, respecto de los testigos, sus nombres y la constancia de haber prestado juramento -inc. 4 del art. 394 del código de

forma- además de poder agregarse otras menciones en los términos del inc. 6º del citado artículo.

Ahora bien, el acta de debate de fs. 844/849 vta. no sólo fue suscripta por el defensor oficial que impulsa su nulidad, lo que equivaldría a una aquiescencia respecto de su validez, sino que además en dicho documento se respetan las prescripciones comentadas contenidas en el art. 394 inc. 4º del C.P.P.N. sin que se hayan efectuado los agregados mencionados en el inc. 6º de la referida norma procesal.

Pero además, el recurrente no ha logrado demostrar el real alcance de su agravio. En efecto, señala al solicitar la nulidad del acta de debate que se ha vulnerado la garantía de la doble instancia sin advertir que el agravio sustentado en tal garantía constitucional -de naturaleza sustancial- requiere para su procedencia la demostración del perjuicio, es decir, que efectivamente se haya ocasionado una lesión a ese derecho constitucional invocado. Tal circunstancia no sólo no puso en evidencia el recurrente -lo que conlleva a sellar la suerte del planteo- sino que además cabe tener presente que la omisión de la que se agravia la defensa queda suplantada por el resumen de las declaraciones que efectuado en la sentencia.

Por todo lo expuesto, cabe rechazar el agravio del recurrente en tanto solicita la nulidad del acta de debate.

II) En segundo lugar, la defensa consideró que no existían pruebas suficientes que permitieran arribar a la conclusión de que se habría utilizado un arma en el hecho.

Adelanto desde ya que habré de propiciar el rechazo en este punto, toda vez que sus afirmaciones no logran rebatir lo expuesto por el tribunal que, valorando no sólo los dichos de las víctimas y los testigos, sino además las actas de detención y secuestro e informe pericial, logra reconstruir la historia del suceso con un grado de certeza suficiente, avalado por las reglas de la lógica y la experiencia común.

En este sentido, de la declaración del damnificado Scagliusi surge que "...al llegar a Niceto Vega y Humboldt, cerca de las 7.30, advierte que era seguido por dos hombres, los cuales se le acercaron rápidamente. Uno se colocó pro detrás y le apoyó en forma fuerte y firme un objeto punzante por sobre las ropas, mientras que el otro se puso adelante para impedirle el paso, y le exigiera la entrega del celular. Explicó que si bien no vio el



objeto, sintió en su cuerpo que era punzante, pues lo pinchaba, aunque no le dejó ninguna marca...".

Luego, de los dichos del Agente Ariel Sánchez, se extrae que "...entre las cosas que los ladrones habían arrojado estaban un celular y una billetera que la víctima reconoció como propios, así como un cuchillo y un destornillador...".

Asimismo, del acta de fs. 143, en lo que aquí interesa, surge el secuestro de un destornillador de 6 cms., con mango negro y naranja, un destornillador de 10 cms. Con mando amarillo y negro, un clavo de 5 cms., un cuchillo de 8 cm, con mango color negro, un destornillador de 20 cms con mango color gris y rojo y una llave de tuercas de metal nº 10.

De lo expuesto, queda probada la utilización de un elemento punzante, aplicado sobre el cuerpo de la víctima.

Como bien surge de la sentencia, aún cuando el damnificado no pudo observar el elemento que se utilizó, se confirma su uso a partir de lo sostenido por Scagliusi en cuanto a que "...pese a que no le quedó ninguna marca, sintió que sobre la zona de su cintura le colocaban en forma firme un objeto punzante".

Sumado a lo expuesto, con relación al agravio de la defensa relativo a que no se habría determinado cuál había sido el elemento utilizado en el hecho, es importante destacar que "...por sus características y por la forma en el que fue utilizado, cualquiera de los objetos mencionados precedentemente ha sido apto no sólo para aumentar el poder ofensivo de los agresores, sino también para colocar en peligro, al menos, la integridad corporal de la víctima".

Al respecto, la defensa cuestionó que no todos los elementos secuestrados podían ser calificados como arma.

A salvo la plataforma fáctica, cabe sostener que resulta ajustada a derecho la calificación jurídica discernida por el a quo, encuadrando el hecho en el art. 166, inciso 2º, del C.P..

En la causa "Minassian, Matías Gonzalo s/recurso de casación", causa de esta Sala Nº 7858, rta. el 30/11/2007, entre muchas otras, y recordando el precedente "Locuratolo, María Dolores s/ recurso de casación", causa nº 2448, reg. nº 3176, rta. el 5 de abril de 2000, sostuve 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)".

Es 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).

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)".

Además, "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 nº 1303, reg. nº 1792-4, rta. el 12 de abril de 1999). Ambas características se dan en el caso.

En tales condiciones propicio el rechazo también de este agravio.

III) La defensa cuestionó además, las penas impuestas a sus defendidos, por carecer de la debida fundamentación y por considerar que los arts. 40 y 41 del C.P. no fueron aplicados correctamente.

Ha de evaluarse en esta instancia si la determinación de la pena se encuentra adecuadamente fundada y sin vicios de arbitrariedad y, al mismo tiempo, si el a quo ha ponderado o sopesado la importancia de los agravantes y atenuantes que concurran a la cuantificación de la sanción a partir de la intensidad del injusto y el grado de responsabilidad del sujeto.

M. ANDRETTI LLUCHA SUÁREZ
SECRETARÍA DE CÁMARA



Cámara Federal de Casación Penal

Sala II
Causa Nº CCC 29216/2013/TO1/CFC1
"ÁLVAREZ, David y DA SILVA, Oscar
Ademar s/ recurso de casación"

La normativa del Código Penal establece justamente dos líneas de consideración sobre estos elementos que fundan el discernimiento de la pena. Así el inc. a del art. 41 del C.P. toma en cuenta para eso las circunstancias de naturaleza "objetiva" del hecho, que son las que permiten una graduación sobre la intensidad del injusto. Por su parte, en el inc. b, se remite a las características y situación del autor -aspectos subjetivos- que junto con el "hecho" son el objeto de reproche. Injusto y culpabilidad entonces son los presupuestos de la pena que, en tanto cuantificable en virtud de las escalas penales previstas por el legislador, exigen de un análisis particular por parte de los jueces dirigidas a su graduación.

El a quo ha tenido en cuenta como agravantes "...la intervención de dos hombres adultos, que la víctima ha sido un niño que concurría al colegio absolutamente desprotegido y que la violencia ejercida en su contra ha superado en forma significativa el umbral mínimo de la figura penal escogida, pues excedió la mera intimidación, al verificarse una agresión física absolutamente innecesaria, que se tradujo en las lesiones constatadas en el rostro de Scagliusi por el informe médico de fs. 301".

Agregó que "Esta agresión se produjo cuando la víctima estaba perfectamente dominada por los asaltantes, y sin que mediara de su parte algún conato de resistencia. Esta es la razón por la cual estimo que debe ser considerada agravante de la conducta, toda vez que evidencia una intensificación gratuita de la violencia del propio hecho".

Como atenuantes, evaluó "...la ausencia de antecedentes del acusado Álvarez, y respecto de ambos, que son personas jóvenes, que pertenecen a un segmento socio-cultural bajo, que atravesaban situaciones económicas precarias, al punto de encontrarse desde hacía tiempo en situación de calle".

En definitiva, de la lectura de la sentencia, no se advierte el vicio de falta de fundamentación alegado por la defensa, puesto que los jueces de la causa para imponer la pena han señalado el sentido agravante o atenuante, que daban a cada una de las pautas tenidas en cuenta, sin que dichas pautas trasuntan arbitrariedad, irrazonabilidad o desproporción; gozando así el pronunciamiento de la fundamentación requerida para un

acto jurisdiccional válido, (art. 123, 404, inc. 2º del C.P.P.N.).

IV) Por último, solicitó la defensa que se declarara la inconstitucionalidad de la reincidencia, cuestión que recientemente ha sido resuelta por nuestro Máximo Tribunal de modo adverso al pretendido, in re: "Arévalo, Martín Salomón s/ causa nº 11835", causa A.558, Lº XLVI, rta. el 27 de mayo de 2014, con remisión a precedentes de larga data, cuyos argumentos la defensa no ha podido refutar, más allá de sus discrepancias. Ello sella la suerte del recurso, que debe ser rechazado en este punto también.

-IV-

En virtud de lo expuesto, propicio el rechazo del recurso interpuesto por la Defensa Pública Oficial, sin costas (arts. 470 y 471 a contrario sensu y 530 y ss. del Código Procesal Penal de la Nación). Tal es mi voto.

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

Que, adhiere en lo sustancial a la solución de rechazo del recurso incoado en orden al planteo de nulidad de la sentencia que enarbola la censura impugnaticia y que gira en definitiva en el reclamo de invalidez del acta de debate, acusando un defecto insanable que no es tal, como explicita el distinguido colega que inaugura el acuerdo.

De otra banda, se pronuncia asimismo como el juez preopinante en cuanto concluye que la sentencia se encuentra a reparo también de la pretensión de ceder la aplicación de la figura calificada de robo con arma (art. 166 inc. 2 párrafo primero, CP), teniendo en cuenta además que en el pronunciamiento, por el voto del juez que sobre la materia llevó la voz, quedó dicho que la víctima: "...relató con detalle y precisión todas las secuencias de la acción que lo perjudicó", y así también que "[e]ste testimonio no ha recibido ninguna clase de cuestionamiento de las partes, y a mí me ha impresionado como completamente verosímil, sólido y sincero" (cfr. fs. 874 *in fine*). Finalmente, dable es señalar que el presente no guarda similitud ni conexidad axiológica con las del fallo de esta sala invocado en la presentación casatoria (causa nº 100/13, caratulada: "Contreras, Alfredo Ezequiel s/recurso de casación", reg. 2075/13, rta. 21/11/13).



Sin embargo, considera que corresponde atender favorablemente el tramo de la impugnación inherente a la graduación de las penas impuestas.

A este respecto, se observa de lo asentado en el pronunciamiento, que al tiempo que se valoraron como circunstancias atenuantes "respecto de ambos, que son personas jóvenes, que pertenecen a un segmento socio-cultural bajo, que atravesaban situaciones económicas precarias, al punto de encontrarse desde hacía tiempo en situación de calle", se han omitido ciertos aspectos que, según se remarca en la crítica casatoria, se destacaron también en los informes socioambientales de sendos imputados, entre otras cuestiones, que tienen dos hermanos con capacidades disminuidas, uno no vidente y otro con síndrome de down; la condición de padre de Álvarez de tres niños pequeños; la colaboración de Da Silva cuando se encontraba en libertad con la economía de la casa de la madre quien es cartonera realizando también recolección de cartones con el carro familiar.

De tal suerte, la sentencia en este extremo no cumple con la exigencia de motivación impuesta por los arts. 123 y 404 del CPPN, por lo que debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido.

En efecto, la fundamentación de las penas se revela insuficiente, lo que conduce inexorablemente a la anulación parcial del fallo en cuanto en este segmento y el reenvío de la causa para que, por medio de órgano habilitado, se dicte un nuevo pronunciamiento conforme a la doctrina postulada.

En este contexto, será en la oportunidad de la audiencia frente a otro tribunal cuando la asistencia letrada tendrá ocasión de volver a plantear todo aquello que estime conveniente a la situación de sus pupilos, por lo que deviene inoficioso ingresar a la evaluación del agravio final de inconstitucionalidad de la reincidencia dispuesta respecto del inculcado Da Silva.

En suma, se propicia al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación incoado por la defensa oficial, sin costas, anular parcialmente la sentencia en orden a las penas impuestas y sus consecuencias. Así, corresponde apartar -con la correspondiente comunicación- al *a quo* y remitir las

actuaciones a la oficina de sorteos de la Secretaría General de esta Cámara a fin de que desinsacule el tribunal que, previa audiencia de *visu* de los inculcados y con intervención de las partes, deberá fijar las penas correspondientes con el alcance que surge de esta propuesta (arts. 173, 471, 530 y cc. CPPN).

Así vota.

La señora juez **Angela E. Ledesma** dijo:

I. Adhiero a la solución propiciada por el juez David en torno al planteo de nulidad del acta de debate, por cuanto la defensa no ha demostrado una afectación concreta a derecho o garantía constitucional alguna *-pas de nullité sans grief-*.

En efecto, el impugnante no indicó de qué manera se cercenó o limitó el derecho al recurso del imputado, dificultando a este órgano realizar la revisión correspondiente de la sentencia impugnada, toda vez que en ese pronunciamiento se transcribieron las diferentes declaraciones recibidas durante el juicio, y, más allá de la alegada subjetividad que invoca la defensa, no ha demostrado cómo se tergiversaron o fragmentaron esos relatos.

II. Sellada que se encuentra la suerte del recurso por el voto coincidente de mis colegas con relación al agravante elegido del tipo penal del robo, habré de sentar mi discrepancia al respecto, pues considero que el hecho que damnificó a Lucas Gastón Scagliusi debe ser subsumido en la figura básica por las razones que a continuación expondré.

En el caso, los magistrados que conformaron la mayoría han valorado que para llevar a cabo el desapoderamiento se utilizó de alguno de los elementos secuestrados en poder los imputados *-varios destornilladores y un cuchillo-* como constitutivo del término arma "impropia", para aplicar el agravante previsto en el art. 166, inc. 2º CP.

En lo que atañe a la imposibilidad de que el arma "impropia" constituya esa figura calificada, me expedí al votar en las causas n° 6551, "García, Ariel Eduardo s/rec. de casación", reg. n° 437/06, rta. el 16 de mayo de 2006 y n° 10.698, "Vildoza, Federico Jonathan s/rec. de casación", reg. n° 1298/09, de fecha 22 de septiembre de 2009, ambas de la mencionada Sala III, y n° 9749, Flores, José Luis s/rec. de casación", reg. n° 20802 de esta Sala II, de fecha 14 de noviembre de 2012, a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad.



También ya he señalado que el destornillador no constituye el agravante regulado en el art. 166, inc. 2º CP, y he de remitirme a tal efecto a los lineamientos sentados al votar en la causa nº 984/2013, Caratulada: "Montiel Andrés Alejandro s/ recurso de casación", reg. nº 442/14, rta. 31/03/14, de esta Sala, a cuyos fundamentos me remito en razón de brevedad.

Por lo demás, cabe destacar que si bien es cierto que el cuchillo hallado si constituye un arma en los términos que describe el art. 166 del código sustantivo, lo cierto es que no se ha podido determinar que ese fuera el objeto empleado para realizar el robo, máxime cuando se le secuestró en poder del imputado, como ya se dijo, varios destornilladores, circunstancia que fue incluso advertida en la sentencia y por ello se aplicó el agravante del robo por la utilización de un arma "impropia".

III. Finalmente, respecto al agravio vinculado a los montos punitivos impuestos a David Álvarez y Da Silva, comparto, en lo sustancial, con las consideraciones y solución propuesta por el Dr. Slokar en torno a la falta de fundamentación que exhibe la sentencia en ese punto.

De la misma manera, entiendo que, ante la anulación de la pena y sus consecuencias y el reenvío propuesto, se torna inoficioso abordar el planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia.

Así es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, el Tribunal, por mayoría, **RESUELVE:**

HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación incoado por la defensa oficial, **SIN COSTAS, ANULAR PARCIALMENTE** la sentencia en orden a las penas impuestas y sus consecuencias. Así, corresponde **APARTAR** –con la correspondiente comunicación– al *a quo* y **REMITIR** las actuaciones a la oficina de sorteos de la Secretaría General de esta Cámara a fin de que desinsacule el tribunal que, previa audiencia *de visu* de los inculados y con intervención de las partes, deberá fijar las penas correspondientes con el alcance que surge de esta propuesta (arts. 173, 471, 530 y ccds. CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese y cúmplase con la remisión, sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

FIR //

///MAS.-



ANGELA ESTER LEDESMA



DR. PEDRO R. DAVID



ALEJANDRO W. SLOKAR



M. ANDREA TELLECHEA SUAREZ
SECRETARIA DE CAMARA