



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1923/2018/TO1/CNC1

Reg. n° 1469/2022

///en la ciudad de Buenos Aires, a los 15 días del mes de septiembre de 2022, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Mario Magariños, Pablo Jantus y Alberto Huarte Petite, asistidos por el secretario Guido E. Waisberg, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa en este proceso n° CCC 1923/2018/TO1/CNC1 caratulado “**CHAZARRETA, _____ y DÍAZ, _____ s/ robo**” del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 30 de esta ciudad, en lo que aquí interesa, decidió “**..I.- CONDENAR a _____ CHAZARRETA, de las demás condiciones personales mencionadas “ut-supra”, como coautor penalmente responsable del delito de robo, agravado por el uso de arma de fuego, en grado de tentativa, a la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS PROCESALES (art. 5, 12, 29 inc. 3º, 40, 41, 42, 45, y 166 inc. 2º segundo párrafo del C.P. y 530 y 531 del C.P.P.N.)...II.- CONDENAR a _____ DÍAZ ó _____ DÍAZ ó _____ DÍAZ, de las demás condiciones personales mencionadas “ut-supra”, como coautor penalmente responsable del delito de robo, agravado por el uso de arma de fuego, en grado de tentativa, a la pena de TRES AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS PROCESALES (art. 5, 12, 29 inc. 3º, 40, 41, 42, 45, y 166 inc. 2º segundo párrafo del C.P. y 530 y 531 del C.P.P.N.)...III.- CONDENAR a _____ DÍAZ ó _____ DÍAZ ó _____ DÍAZ, de las demás condiciones personales mencionadas “ut-supra”, a la pena**



única de SEIS AÑOS Y DOS MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS PROCESALES, comprensiva de la pena impuesta en el punto II del presente fallo, y de la pena de tres años de prisión, impuesta en la causa n° 4678/5117 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 11 con fecha 29 de marzo de 2017, en orden al delito de robo, agravado por haber sido cometido con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada (art. 58 del C.P.)...”.

II. Contra esa decisión, la defensa pública interpuso recurso de casación, que fue concedido y mantenido en esta instancia. La Sala de Turno de esta Cámara le otorgó el trámite previsto en el artículo 465 del Código Procesal Penal de la Nación.

III. En la oportunidad prevista en los artículos 465, cuarto párrafo y 466 del cuerpo legal citado, la parte recurrente presentó un escrito en el que reeditó las críticas volcadas en el recurso y sumó un agravio relacionado con ellas.

IV. Superada la etapa prevista en los artículos 465, último párrafo y 468 del código de rito, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

V. Tras la deliberación realizada, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Alberto Huarte Petite dijo:

I. Para tratar la crítica de la asistencia técnica de los imputados respecto del suceso que fue materia de recurso ante esta instancia, conviene recordar qué tuvieron por probado los Sres. Jueces Rizzi, Friele y Rodríguez, quienes concluyeron en la intervención de los acusados en el hecho conforme acusó la Fiscalía en el debate.

Así fue descripto en la sentencia: “... *la prueba producida durante la audiencia como así también aquella incorporada con la conformidad de las partes ha permitido acreditar tanto la*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1923/2018/TO1/CNC1

materialidad del hecho imputado cuanto –como se verá- la coautoría responsable que les cupo a los encartados en aquel ... La reconstrucción histórica del suceso efectuada con base en la declaración testimonial prestada en el debate por la damnificada _____ y el preventor A_____ ha permitido tener por probado que el 9 de enero de 2018, siendo aproximadamente las 8.00 hs. en circunstancias en que _____ se encontraba integrando la fila de la parada de colectivos de la línea 101 ubicada en Av. _____, intersección _____ a la espera de la unidad que la llevaría a su trabajo, fue sorprendida por los encartados quienes a bordo de la motocicleta marca _____, modelo _____, dominio _____ y circulando de contramano por la primera de las arterias mencionadas, detuvieron su marcha en la dársena con el claro fin de despojarla de sus pertenencias. En ese momento Díaz –quien circulaba como acompañante- descendió de la moto en tanto Chazarreta se mantuvo al comando de su conducción. Fue así que Díaz tras mostrarle en forma ostensible el arma de fuego –pistola marca Bersa, calibre 22 nro. _____- que portaba en su cintura, cargada con una munición en la recámara le exigió la entrega de su cartera y del teléfono celular. Luego de ello y con el botín en sus manos ascendió a la moto y junto con su compañero Chazarreta emprendieron la fuga hacia la calle _____, siguiendo de contramano ... El gendarme J_____ F_____ A_____ quien circulaba a bordo de un móvil identificable perteneciente a la Fuerza, por la Avenida _____ al llegar a la intersección con su similar _____ pudo observar que un grupo de personas corría desde aquella dársena –lado izquierdo- haciéndole señas. Ante tal situación ingresó a la vía del metrobús dirigiéndose a la parada observando que los encartados a bordo de la moto avanzaban en dirección contraria –enfrentándolo- con el fin de alcanzar una salida hacia la colectora que, en diagonal a la Av. _____, les permitiría concretar la fuga. Así intentaron girar en “U”, más el

Fecha de firma: 15/09/2022

Firmado por: HECTOR MARIO MAGARIÑOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALBERTO HUARTE PETITE, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: PABLO JANTUS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado(ante mi) por: GUIDO WAISBERG, SECRETARIO DE CÁMARA



#31548776#341691174#20220915142649849

gendarme A_____ ubicó su vehículo en 45° con el claro fin de interceptarlos, lo que provocó que el motovehículo impactara contra el guardabarros del móvil de Gendarmería. Ambos encartados cayeron de la moto y fueron detenidos. El encartado Díaz resultó lesionado como consecuencia de la colisión y fue trasladado al Hospital Piñero ... Asimismo, se logró la incautación de la pistola marca Bersa calibre 22 nro. de serie _____, con una munición en la recámara -sin cargador- respecto de la que pesaba una orden de secuestro del ANMAC de fecha 27/09/2002, como así también de una cartera roja y un teléfono celular los que fueron reconocidos por _____ como de su propiedad. Se acreditó que el encartado no se encontraba registrado como legítimo usuario del arma de fuego de uso civil incautada ...”.

II. La defensa oficial a cargo de la asistencia técnica de los imputados presentó críticas contra la sentencia en lo atinente a la calificación legal del hecho y las penas determinadas en consecuencia.

a. La recurrente entendió que no podía aplicarse la figura agravada del art. 166, inc. 2°, párrafo segundo, CP, por cuanto no se comprobó fehacientemente la idoneidad del arma de fuego incautada ya que presentaba un solo cartucho en su recámara y se había omitido el peritaje que hubiese permitido acreditar ese extremo.

En ese sentido, alegó que los sentenciantes establecieron conclusiones de carácter técnico y científico a partir de meras presunciones que terminaron por perjudicar la situación de los justiciables.

Por lo demás, descartó el argumento utilizado en la sentencia para evadir el examen pericial aludido, pues el hecho de que un arma de fuego sea un objeto que se produzca en serie no exime de verificar los extremos de la imputación acerca de aquélla y de los cartuchos habidos en su interior.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1923/2018/TO1/CNC1

En subsidio, agregó que tampoco podía reconducirse la calificación legal hacia el tercer párrafo del art. 166, inc. 2º, CP, en atención a que el arma de fuego había sido peritada y era apta para el disparo, por lo que no se adecuaba la situación de hecho al texto normativo.

b. En segundo plano, la recurrente atacó la argumentación del a quo para determinar la pena única del imputado Díaz.

En resumen, entendió que la sanción fijada resultó materialmente superior a la solicitada por la Fiscalía bajo una calificación más gravosa (de dos años a dos años y ocho meses de prisión), lo que transgredía los principios acusatorio y de imparcialidad del juzgador.

A ello, sumó que, si bien se anunció la aplicación del método compositivo, en contradicción, prácticamente se utilizó el método aritmético teniendo en cuenta los montos de pena sumados.

En conclusión, la defensa reclamó una pena sensiblemente inferior para la situación del imputado Díaz.

c. En su presentación en términos de oficina, la defensa oficial ante esta instancia trajo a consideración un planteo que fue introducido también en el alegato durante el juicio y que se dirigió a objetar la aplicación de la agravante del robo por cuanto el arma de fuego a la que se hizo mención fue únicamente exhibida, y en ningún tramo del hecho el acusado la sacó, blandió o tomó. Con esa base, entendió que su accionar no se adecuaba a la “*utilización*” que refiere la norma y, por lo tanto, debía subsumirse en la figura de robo simple.

III. La calificación legal del hecho. Los fundamentos de la sentencia y las críticas de la defensa.

a. Corresponde aclarar desde un principio que los agravios presentados por la recurrente serán analizados conforme al criterio sentado por el suscripto, entre otros, en los precedentes “**López**” (Reg. n° 1014/17, del 18.10.17) y “**Tévez**” (Reg. n° 1148/17, del 9.11.17) –



a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad-, respecto de la doctrina adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal” (Fallos: 328:3329), en lo atinente al alcance del recurso de casación contra una sentencia condenatoria, en función de lo establecido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

b. No ha sido materia de discusión la existencia material del hecho, así como la participación que le cupo en él a los imputados Chazarreta y Díaz.

Con ese norte, el primer punto que aparece en disputa es el encuadre jurídico de la conducta ilícita de los acusados, tópico en el que se han presentado dos agravios frente a la motivación de la sentencia, uno de ellos a partir del escrito interpuesto en el término de oficina.

Al respecto, si bien he sentado mi posición sobre la inadmisibilidad de los agravios novedosos articulados en ese acto procesal por resultar extemporáneos -ver precedentes “Soto y Gauna” (Reg. n° 1002/17, Sala III, del 13.10.17, voto del juez Huarte Petite), “Parra y Morel” (Reg. n° 1025/17, Sala III, del 19.10.17, voto del juez Huarte Petite), “Juárez” (Reg. n° 1606/18, Sala III, del 6.12.18, voto del juez Huarte Petite), “Bambil Garcia” (Reg. n° 462/18, Sala III, del 24.4.19, voto del juez Huarte Petite)) y más recientemente en “Benvenuto” (Reg. n° 708/21, Sala III, del 20.5.21, voto del juez Huarte Petite)-, entiendo que, en el *sub lite*, la estrecha vinculación entre ambos planteos y la singularidad de que el contenido en el escrito presentado ante este colegio haya sido introducido tanto en los alegatos durante el debate como en la reseña del escrito recursivo, son causales válidas y suficientes para darle tratamiento en el presente, toda vez que en tales circunstancias puede concluirse de un modo razonable que se trata de un desarrollo





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1923/2018/TO1/CNC1

ampliatorio de los motivos expuestos oportunamente en los términos del art. 466 bis, CPPN.

Sentado ello, de acuerdo a la descripción que se hizo del suceso en el acápite I, el *a quo* consideró encuadrar el accionar de los acusados en los términos del art. 166, inc. 2º, segundo párrafo, CP, al haber comprobado la *utilización* de un arma de fuego en el hecho.

En oportunidad de motivar su decisión, dijo que “... *la ostensible exhibición que hizo Díaz de la pistola Bersa calibre 22 que llevaba en su cintura configuró –en mi criterio- una efectiva acción intimidatoria con la finalidad de hacerle creer a _____ que su vida corría peligro para poder doblegar o evitar la resistencia que hubiera podido oponer ... La damnificada dijo en el debate que el encartado le mostró el arma de fuego (‘me la enseñó’) y así lograron despojarla de sus efectos ... ¿Por qué razón _____ les hubiera entregado sus pertenencias de no haber sido porque Díaz le mostró que portaba un arma de fuego en su cintura? Que otra razón que no fuera la exhibición del arma de fuego pudo motivar que el resto de los integrantes de la fila rápidamente corrieran, escapando de la parada dejando a la damnificada sola en esa situación de peligro, y fueran en busca de ayuda ... Los encartados emplearon el arma de fuego para perpetrar el suceso. Su utilización –sin ninguna duda- se produjo durante la ejecución. La hipótesis que introdujo la defensa en cuanto a la posibilidad de que aquella exhibición podría haber constituido ‘en todo caso’ un ‘acto preparatorio de esa figura’ en modo alguno puede tener acogida ... Olvida la empeñosa defensa que aun cuando el art.166, inc. 2do. reza ‘si el robo se cometiere con armas’ debe entenderse por ‘comisión’ todas las hipótesis del art. 164 del C.P. –antes, durante y después- ...”.*

A diferencia de lo sostenido en la sentencia, bien ha señalado la recurrente el criterio que he mantenido como juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 1, entre otros



precedentes, en la causa nº 4975/5035, caratulada “**Barraza**, _____ s/ **Robo**”, y que luego repliqué ante esta Cámara, en el precedente “**Díaz**” (Reg. nº 1564/2019 -ver voto del juez Huarte Petite-), en el que afirmé que la mera y fugaz exhibición del objeto al que se atribuya la condición de “*arma*” de por sí no alcanza para configurar el tipo en cuestión, ya que para que éste se pueda considerar como realizado, debe haberse acreditado que el hecho se hubiese cometido, conforme al principio general establecido en el párrafo primero del inciso 2º del artículo 166 del Código sustantivo, “*con*” un arma; esto es, que hubiese existido algún despliegue de actividad física por parte del autor, que debe traducirse en un uso efectivo del arma como tal, es decir, como amenaza directa a la víctima, por lo que no basta para configurar la agravación el llevar un arma, o su mera exhibición en la cintura, el bolsillo o dentro de una bolsa, o el que la víctima se intimide simplemente porque sepa que el ladrón está armado (conf. Tozzini, Carlos, “*Los delitos de hurto y robo*”, pág. 309, segunda edición actualizada, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2002).

En definitiva, el “*arma*” debe ser blandida por el autor, sea hacia la víctima o hacia algún lugar próximo a ella, pero en definitiva debe ser, como la acepción castellana del verbo “*blandir*” lo define, “*movida con la mano con movimiento trémulo o vibratorio, o de un lado a otro*”, y en tales circunstancias, se aprecia claramente el mayor efecto intimidante (y, por lo tanto, merecedor de una mayor punibilidad), que todo ello ejerce para doblegar más fácilmente toda eventual resistencia del damnificado contra el desapoderamiento de alguno de sus bienes.

En el caso de autos, conforme la plataforma fáctica que se tuvo por acreditada en la sentencia, el imputado Díaz en ningún momento blandió el arma en cuestión contra la damnificada, sino que solo le hizo ver que portaba la misma a la altura de la cintura. En ese





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1923/2018/TO1/CNC1

sentido, según se consignó en la sentencia, al momento de expresarse sobre el punto aquélla manifestó que “... *de la moto se bajó uno, el de remera blanca –aludiendo al encartado Díaz- él iba atrás, me enseñó el arma, me pidió mi teléfono, y lo saqué y me dijo ‘dame tu celular’, le di mi celular y le dije no tengo nada más ... la tenía metida entre el pantalón; me mostró el arma ... luego se subió a la moto y se fueron ...* “ (el destacado me pertenece).

Consecuentemente, siguiendo el criterio expuesto de manera precedente, entiendo que corresponde casar parcialmente la sentencia impugnada en cuanto a este aspecto, y calificar el hecho atribuido a los acusados como robo simple en grado de tentativa (arts. 42 y 164 del Código Penal).

Sin perjuicio de todo ello, corresponde ahora precisar lo siguiente.

La Sra. Jueza Rodríguez planteó en la deliberación respectiva que el hecho atribuido a Díaz debía ser calificado como robo con arma de fuego en grado de tentativa, en concurso ideal con portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización legal, pero resultó vencida en la votación pues sus colegas, los Sres. Jueces Friele y Rizzi, consideraron que este último tipo penal, en las circunstancias del caso, se hallaba en una relación de concurso aparente con el primero, por lo cual a Díaz sólo cabía atribuirle su intervención como coautor en el delito de robo con arma de fuego en grado de tentativa. Tal fue, entonces, la calificación legal finalmente adoptada por el tribunal *a quo*.

Al momento de fundar su recurso de casación, la defensa del imputado Díaz argumentó, como ya se dijo en el precedente acápite II, respecto a la errónea aplicación de la ley sustantiva, y teniendo en cuenta como se desprende de los términos de sus escritos, de modo exclusivo, la subsunción típica a la que había arribado la mayoría, esto es, robo con arma de fuego. Así lo hizo con base en la falta de



peritación del proyectil existente en la recámara del objeto incautado y en que este último no había sido blandido contra la víctima.

No efectuó así alusión alguna, como resulta de toda lógica, a la eventual subsunción del hecho en la portación del arma de fuego en cuestión, en la medida en que este último encuadre había sido expresamente descartado por la mayoría del tribunal de grado.

Por su parte la Fiscalía, que en su alegato había postulado la misma calificación luego auspiciada por la Sra. Jueza Rodríguez, no interpuso recurso alguno contra el decisorio aquí revisado.

Ante ello, toda vez que el suscripto se ha expedido por la favorable acogida del argumento defensorista relativo a la falta de exhibición del arma de fuego incautada en autos, y ha auspiciado en consecuencia la adecuación del comportamiento atribuido al tipo penal de robo simple (art. 164, CP), considero que este tribunal se encuentra impedido, en virtud de la prohibición de la denominada *reformatio in pejus*, de efectuar toda consideración respecto de la eventual portación sin la debida autorización legal de dicho objeto.

Ello así en la medida en que, de adoptarse la subsunción en su momento propuesta por la Sra. Jueza Rodríguez, la imputación al respecto habría sido construida de modo integral por este tribunal, sin un recurso de la parte acusadora que lo habilite para ingresar a la cuestión, y con absoluta sorpresa para la defensa, la cual, como ya se dijo, basó su estrategia recursiva, con exclusividad, en la calificación legal adoptada por la mayoría, teniendo en consideración a su vez los fundamentos dados para descartar la aplicación al caso de la portación ilegal del arma de marras.

Asimismo, todo ello torna inoficioso el tratamiento del restante agravio defensorista relacionado con las características y aptitud del proyectil cargado en el arma de fuego involucrada en autos.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1923/2018/TO1/CNC1

A su vez, dado la solución asignada al caso, corresponde discernir nuevamente el monto de pena aplicable a los acusados –lo que también repercutirá en el *quantum* de la pena única con relación a Díaz-, y será analizado seguidamente.

IV. La determinación judicial de las penas y la nueva sanción a imponer

El nuevo encuadramiento legal del hecho y su distinta escala penal, implica, en consecuencia, una nueva pena a discernir en el caso.

a. A partir del precedente “**Mattei**” (Fallos: 272:188), en pronunciamiento cuya doctrina fue ratificada luego en numerosas ocasiones, y recientemente en “**Espíndola**” (Fallos: 342:584), la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dejado claramente establecido que la garantía constitucional de defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve a la situación de incertidumbre y restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.

A su vez, desde la reforma de 1994, integran el texto constitucional las disposiciones contenidas en los artículos 7, inciso 5, y 8, inciso 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en el artículo 14, inciso 3, acápite c, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en lo que aquí interesan, consagran el derecho de todo imputado en un proceso penal a que su situación se defina en “*un plazo razonable*”, y el de “*ser juzgado sin dilaciones indebidas*”.

Es así que, en razón del cambio de calificación propuesto en el acápite anterior, por razones de economía procesal y con el fin de acabar con la mayor celeridad posible con el estado de incertidumbre que implica el sometimiento a un juicio penal, entiendo adecuado fijar



la sanción en esta instancia, sin dejar de atender por ello a las pautas mensurativas valoradas por el tribunal *a quo*.

En tal inteligencia, considero que no es necesario realizar la audiencia de conocimiento prevista en el art. 41 del Código Penal puesto que no encuentro preguntas a formular en una nueva.

b. Al momento de determinar la pena en concreto a aplicar en el caso, en el voto que lideró el acuerdo se afirmó que para “... adecuar la sanción a imponer a la luz de las pautas mensurativas de los arts. 40 y 41 del C.P. tengo en cuenta la naturaleza de la acción desarrollada por los encartados tal como surge de la descripción de materialidad del hecho ... Computo como pauta de agravación la actuación en dupla en tanto aparece como una circunstancia facilitadora no sólo del despojo sino también de la fuga, el arrojo del actuar llevado a cabo a plena luz del día (8.00hs), desplazándose a contramano para – sorpresivamente- abordar a la damnificada ... Como pauta de atenuación respecto de _____ Chazarreta se tiene en cuenta su pertenencia a un núcleo familiar desintegrado por el fallecimiento de su padre cuando el imputado sólo contaba con un año de edad; el abandono del hogar de origen con motivo de la violencia ejercida por su padrastro; su escaso grado de instrucción –segundo año incompleto -y su situación socio-laboral precaria que solo le permite cubrir sus necesidades básicas. También su falta de antecedentes penales ... Respecto de _____ Díaz, se computa como atenuantes su insuficiente grado de instrucción -estudios primarios- y su pertenencia a un estrato socio-cultural bajo ... Su adicción al consumo de sustancias tóxicas sostenido desde los 18 años de edad hasta el presente (35 años) y la circunstancia de no haber realizado ningún tratamiento para superar esta problemática tal como lo expusiera, aparece en el caso como un dato neutro, ya que, en su condición de adulto, su conflicto con la droga no aparece en su historial ...”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1923/2018/TO1/CNC1

Es así que debe valorarse en forma simultánea todo lo dicho precedentemente y las condiciones personales de los imputados, de las cuales destaco como atenuantes las mismas que valoró el tribunal de grado y que ya fueron transcriptas en la presente.

Igual consideración merecen las pautas agravantes relevadas en la sentencia, a las que habrá de añadirse la exhibición de un arma de fuego a la víctima.

En efecto, si bien no se tuvieron por verificados los requisitos de la figura agravada (art. 166, inc. 2°, CP), las circunstancias de hecho del caso sí justifican razonablemente concluir en un mayor grado de intensidad en la afectación al bien jurídico vulnerado, según el modo en que el episodio se desarrolló, y derivan en una mayor magnitud de injusto, debido a la, evidente, mucho mayor intimidación que sufrió la víctima al percibir la existencia del arma de fuego antes mencionada en poder de su agresor, efecto intimidatorio que, como con justeza señaló el tribunal de grado, se extendió a las personas que se hallaban en las cercanías.

Recuérdese en tal sentido lo señalado por los sentenciantes en orden a la “*ostensible*” exhibición de aquel objeto, aspecto no controvertido.

De todos modos, como ya se anticipó, debe tenerse en cuenta el cambio del marco penal aplicable con motivo de la exclusión de la aludida agravante en la calificación legal.

Tampoco puede soslayarse la apreciable reducción en los montos mínimos y máximos de la escala respectiva que conlleva la figura que se aplicará, lo que obliga, según lo entiendo, a procurar adecuar la situación a la decisión legislativa que en su momento motivó la fijación de tales marcos y que tuvo origen, como parece evidente, en el menor grado de ilicitud y consecuente menor merecimiento de pena para las conductas subsumibles en dicho tipo penal, en comparación con los de la figura agravada.



En tal inteligencia, valorando en forma simultánea todo lo dicho precedentemente y las circunstancias atenuantes consideradas por los Sres. Jueces de mérito, entiendo adecuado fijar la pena en tres años de prisión para cada uno de los imputados en autos.

Respecto a Chazarreta, habida cuenta que carecía de antecedentes penales condenatorios al momento de la comisión del hecho aquí juzgado, la ejecución de la pena será dejada en suspenso, pues sin perjuicio de la apreciable gravedad del hecho que se le atribuyó, las condiciones personales relevadas por los Sres. Jueces de grado y aquellas que se desprenden del respectivo informe socio ambiental posibilitan concluir en la inconveniencia de la aplicación al caso de su aplicación efectiva (art. 26, CP). El tribunal de grado deberá fijar las reglas a cumplir por el condenado en función de lo establecido en el art. 27 bis, *ibídem*.

Respecto de la pena única a imponer a Díaz, corresponde señalar que luego de la cita de jurisprudencia sobre el carácter excepcional de la aplicación del método aritmético en materia de unificación de penas (lo cual se encuentra en línea con el criterio sustentado por el suscripto, entre otros, en los precedentes “**Aranda**”, Reg. 1584/19, y “**Vera**”, Reg. 2007/21, del 28.12.21, voto del Juez Huarte Petite, que debe darse por reproducido en beneficio a la brevedad), el tribunal de grado dijo que “... *lo cierto es que en el caso no se advierten circunstancias que justifiquen como excepción la aplicación del método aritmético.*”

La regla del art.58 del C.P., en la hipótesis de unificación de penas remite a los principios para la construcción de una pena total que se señalan en los arts.55, 56, y 57, es decir remite a toda la regulación del concurso real. De manera que el límite máximo estará dado por la suma los máximos de penas previsto para cada uno de los delitos (veintiséis años y cuatro meses) y el mínimo mayor (tres años y cuatro meses).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1923/2018/TO1/CNC1

Como agravante (arts. 40 y 41 del C.P.) en el contexto de la graduación de la pena única a imponer tengo en cuenta la circunstancia de haber cometido el hecho mientras se encontraba excarcelado en los términos de libertad condicional (art.317, inc.5 del C.P.P.) por sentencia no firme con los compromisos que asumiera de conformidad con lo establecido en el art. 13 del C.P., entre los que se encuentra el no cometer nuevos delitos (art.cit., inc.4º, ídem).

Así deberá procederse a revocar la excarcelación concedida en términos de libertad, en la causa nro. 4678/5117 y en definitiva, imponerle a _____ Díaz la pena única de seis años y dos meses de prisión, accesorias legales y costas comprensiva de la pena que considero justa y adecuada para la presente causa y la pena de tres años de prisión y costa fijada en la causa la causa nº 4678/5117 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 11 con fecha 29 de marzo de 2017 ...”.

Teniendo en cuenta todo ello, en aplicación del método compositivo, la pena única a cumplirse deberá fijarse en cinco años y ocho meses de prisión. La decisión que se adopta en este punto torna inoficioso el restante agravio de la defensa en torno a la unificación dictada por el tribunal de juicio.

V. Por lo expuesto, entonces, y sin costas en la instancia por haber tenido razones plausibles para litigar (arts. 530 y 531, CPPN) propongo al Acuerdo:

A. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, modificar la calificación legal del hecho por el que se condenó en autos a los imputados _____ Chazarreta y _____ Díaz por la de robo simple en grado de tentativa en calidad de coautores (arts. 42, 45 y 164, CP), e imponerles a cada uno de ellos la pena de tres años de prisión y el pago de las costas, pena privativa de libertad cuya ejecución se deja en suspenso respecto de _____ Chazarreta, debiendo el tribunal fijar las reglas de conducta a



cumplir por este último (arts. 26 y 27 bis, CP); imponer a su vez la pena única de cinco años y ocho meses de prisión, accesorias legales y costas, al imputado _____ Díaz, comprensiva de la anterior y de la sanción de tres años de prisión y costas fijada en la causa n° 4678/5117 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 11 con fecha 29 de marzo de 2017 como autor del delito de robo con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada (arts. 470 y 471, CPPN).

B. En lo restante, rechazarlo y, en consecuencia, con el alcance establecido, confirmar la resolución impugnada (arts. 470 y 471, *a contrario sensu*-, *ibidem*).

El juez Mario Magariños dijo:

I

En primer lugar, disiento con el juez Huarte Petite respecto de la solución adoptada en punto al agravio de la defensa, orientado a sostener que el apoderamiento ilegítimo no fue cometido con un arma —ya sea un arma de fuego (artículo 166, inciso 2º, segundo párrafo, del Código Penal) o una cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse (artículo 166, inciso 2º, tercer párrafo, del cuerpo legal citado)—, en la medida en que el análisis de los fundamentos de las calificantes de las que se trata permite advertir que, de forma evidente, la circunstancia en la que la defensa pretende apoyar su razonamiento carece de relevancia al momento de analizar la corrección de la subsunción típica realizada en la decisión recurrida.

En efecto, de acuerdo con la síntesis formulada en el precedente “**Echeverría**” (reg. n°479/2021) —ver voto del juez Magariños—, las razones que justifican el incremento de reproche punitivo cuando un apoderamiento ilegítimo es ejecutado con un arma de fuego (artículo 166, inciso 2º, segundo párrafo, del Código Penal) son, por un lado, el mayor riesgo para la vida y la integridad física de la víctima que se genera por la ejecución de un delito con esa clase de elementos y, por





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1923/2018/TO1/CNC1

el otro, el mayor grado de intimidación para el sujeto pasivo. Asimismo, cuando el elemento del que se trate sea un arma cuya aptitud para el disparo no se haya podido tener por acreditada, o un arma de utilería (artículo 166, inciso 2º, tercer párrafo, del cuerpo legal citado), ello determina que concurra sólo la segunda de las razones que justifican el aumento del reproche para el caso de la agravante por el uso de “armas” —esto es, el mayor grado de intimidación para la víctima—, razón por la cual el incremento en la escala penal es menor.

Frente a ello, es claro que ninguna relevancia posee, al momento de subsumir un suceso en alguna de esas figuras, la circunstancia relativa a que el arma de la que se trate no haya sido efectivamente blandida por uno de los co-autores sino que, tal como se tuvo por acreditado en el caso bajo examen, haya permanecido en la cintura del sujeto cuando fue exhibida al damnificado.

Ello es así pues, de acuerdo con los parámetros arriba expuestos, si se trata de la agravante contenida en el artículo 166, inciso 2º, tercer párrafo, el mayor grado de intimidación generado en el sujeto pasivo se configuró con la mera exhibición de ese elemento, mientras que, en el caso de la calificante de robo agravado por el uso de un arma de fuego, también se verificó el mayor riesgo para la integridad física o vida de la víctima, en tanto ese elemento se encontró a disposición inmediata del autor cuando éste lo exhibió frente al damnificado, con la consiguiente incalculabilidad de consecuencias lesivas derivadas de ese comportamiento, incluidas, claro está, aquellas concretas, relativas a la integridad corporal y la vida del sujeto pasivo del hecho.

En consecuencia, corresponde confirmar este tramo de la sentencia impugnada.

II



Sin embargo, lleva razón la defensa en su siguiente crítica y, por consiguiente, corresponde excluir la aplicación al caso de la agravante contenida en el artículo 166, inciso 2º, párrafo segundo, del Código Penal, toda vez que no se ha acreditado fácticamente que, en el suceso, se haya utilizado un “arma de fuego” como reclama esa figura, pues de las pruebas incorporadas al debate no es posible inferir ninguna conclusión acerca de la utilidad del proyectil con el cual se hallaba cargada el arma secuestrada, en la medida en que no fue peritado.

En esta dirección, en el precedente “**Aguilera, _____**” dictado en oportunidad de desempeñarme como juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 de esta ciudad (sentencia del 12 de marzo de 2012, ver el voto del juez Magariños), señalé que la agravante contenida en el inciso 2º, segundo párrafo, del art. 166 de la ley de fondo, exige la acreditación, como elemento típico, de un “arma de fuego”, que como puede advertirse, ya desde una pura interpretación gramatical no equivale al elemento “arma de fuego no apta para el disparo” o “arma de utilería” (art. 166, inciso 2º, párrafo tercero, del Código Penal), sino que debe tratarse de un arma apta para sus fines específicos, esto es, al momento del hecho debe poseer aptitud de disparo, para lo cual es necesario no sólo un funcionamiento del elemento arma que así lo permita, sino también que contenga munición en su interior que resulte, a su vez, apta para producir disparos.

Por consiguiente, toda vez que ese aspecto fáctico de la decisión no ha sido correctamente acreditado, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar parcialmente la sentencia impugnada y calificar el hecho como constitutivo del delito tentativa de robo agravado por su comisión con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada, toda vez que, como he sostenido en el





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1923/2018/TO1/CNC1

precedente “**Olmedo**” -proceso n° CCC 12621/2012/TO1/CNC1, registro n° 591/2016, sentencia del 9 de agosto de 2016- (ver el voto del juez Magariños), el fundamento de esa calificante legal, en relación con la figura del robo simple, radica en la circunstancia de que, mediante el empleo de ese tipo de armas, se logra un mayor grado de intimidación dirigida a las víctimas, situación que se encuentra debidamente acreditada en el caso.

III

En función de lo resuelto en el considerando anterior, corresponde reenviar el caso a fin de que, mediante el correspondiente sorteo, otro tribunal oral determine el nuevo monto punitivo a imponer de acuerdo a la nueva escala legal aplicable. Ello determina, a su vez, que se presente inoficioso el tratamiento del restante agravio presentado por la defensa, dirigido a cuestionar la determinación de la pena única efectuada por el *a quo* respecto del señor Díaz.

Todo se resuelve sin costas (artículos 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Pablo Jantus dijo:

I. En primer lugar, estoy de acuerdo con el colega Magariños en punto a que no posee relevancia la circunstancia de que el arma de la que se trate no haya sido efectivamente blandida por uno de los coautores sino que haya permanecido en la cintura del sujeto cuando fue exhibida al damnificado.

En tal sentido, me expedí en el precedente “**Diez y otro**” (Reg. n° 847/2022) de esta Sala, en el cual sostuve que el tipo penal “*exige la comprobación de que en el suceso se exhibió un arma de fuego cargada, porque el peligro que genera su uso en esas condiciones para la vida o la salud del sujeto pasivo, sumado al mayor poder intimidatorio que posee, es lo que justifica la alta pena que prevé el tipo penal aludido. En ese sentido, la exhibición del arma de fuego*



cargada para concretar el desapoderamiento resulta suficiente para asignarle a dicha conducta el tipo penal en cuestión”.

II. a. Sin perjuicio de ello, tal como señalé en el precedente **“Sirota”** (Reg. n° 540/2015) de esta Sala, el agravamiento del robo por ser cometido con un arma de fuego (art. 166 inciso 2 párrafo 2 CP), requiere de un arma apta para su funcionamiento cargada con proyectiles que, lanzados a distancia, pueden ocasionar un peligro concreto para las personas o para los bienes.

Esto no ha ocurrido en el caso; de la lectura de la pericia realizada por la División Balística de la P.F.A. a fs. 417/423, surge que no se analizó la munición que contenía el cargador colocado en la pistola secuestrada, sino que se utilizaron cartuchos *“pertenecientes al depósito de munición de esta Dependencia”*.

En este sentido, resulta aplicable el criterio expuesto en la causa **“Zambrano Joriati”** de esta Sala (Reg. n° 416/2015 y citas: Carlos Borinsky, *Derecho Penal y política judicial [a propósito del robo con armas]*, LL 1989-C, p. 535).

En tal oportunidad, expuse que como derivación del fallo plenario **“Costas”** de la Cámara de Apelaciones del fuero (del 10/10/1986), el legislador ha buscado captar en el art. 166, inciso 2, párrafo 2, CP, los supuestos en que el robo se comete con un arma de fuego cargada y en condiciones de ser utilizada, previendo una sanción penal agravada por el peligro causado por ese medio a la vida y a la salud de las personas; y la ha diferenciado de los casos en los que se emplean tales instrumentos pero sin que se pueda acreditar la aptitud para el disparo, o con objetos similares pero que carecen de poder vulnerante. En estos casos, la sanción es superior que en los de robo simple porque la intimidación es mayor que la exigida por la figura básica, por el temor que produce en el sujeto pasivo, pero, a su vez, sin que se acredite el riesgo aludido precedentemente, como en el presente caso.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1923/2018/TO1/CNC1

b. Luego, siguiendo el mismo razonamiento, y conforme he sostenido en las causas “Díaz” (Reg. n° 390/2015); “Duarte” (Reg. n° 447/2015); “Ontiveros” (Reg. n° 631/2015) y “Soria” (Reg. n° 124 bis/2016) de esta Sala, considero que la tipicidad objetiva del delito de la figura agravada al referir al empleo de armas, y lo que justifica también en casos de tenencia o portación ilegítima, requiere, entre otras cuestiones, de un arma de fuego cargada y apta para su funcionamiento, en los términos mencionados.

En la medida en que, como se mencionó, no se comprobó en este caso que esos requisitos del tipo penal se encuentren reunidos sino que, por el contrario, se verifica una situación de incertidumbre que debe ser ponderada en su favor, tampoco corresponde la aplicación de esa figura; pues requiere la constatación de la conducta de portación o tenencia de un arma de fuego a la cual le resulte imputable objetivamente la realización de un peligro concreto para la seguridad pública, ya que sólo partiendo de esa premisa pueden superarse las razonables objeciones constitucionales que presentan los delitos de peligro abstracto (cf. Zaffaroni, Alagia, Slokar, Derecho Penal, parte general, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 469 y ss.).

Es absolutamente claro, a mi modo de ver, que únicamente resulta típica objetivamente una conducta cuando ha superado el límite que impone al legislador el art. 19 de la Carta Magna, es decir, cuando se ha demostrado que mediante esa conducta se ha afectado o podido afectar concretamente los derechos de otro, sin que resulte válida una presunción iure et de iure en este sentido.

De acuerdo a las circunstancias del caso, esto no ha ocurrido; no se ha acreditado la aptitud del proyectil secuestrado; y por ende, tampoco puede darse por comprobado que los imputados hubieran sido aprehendidos en posesión de un arma de fuego con las características que, desde mi punto de vista, exige el tipo objetivo del art. 189 bis CP.



III. En definitiva, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar la decisión recurrida, modificar la calificación legal del hecho por el que recayó condena contra _____ Chazarreta y _____ Díaz, el que resulta constitutivo del delito de robo agravado por su comisión con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada en grado de tentativa y remitir las presentes actuaciones a la oficina de sorteos de la Cámara Federal de Casación Penal a fin de que designe otro tribunal del fuero para que determine el monto de pena correspondiente (art. 166, inciso 2, párrafo 3 CP y arts. 470 y 471 CPPN).

Así las cosas, deviene inoficioso el tratamiento de los restantes agravios expuestos por la defensa.

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

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa, **CASAR PARCIALMENTE** la decisión recurrida, y **MODIFICAR** la calificación legal del hecho por el que recayó condena contra _____ Chazarreta y _____ Díaz, el que resulta constitutivo del delito de robo agravado por su comisión con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada, en grado de tentativa (artículos 42 y 166, inciso 2, párrafo 3, del Código Penal, y 470 y 471 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. RECHAZAR, en lo restante, el recurso de casación interpuesto (artículo 470, *a contrario sensu*, del Código Procesal Penal de la Nación).

III. REMITIR las presentes actuaciones a la Oficina de Sorteos de la Cámara Federal de Casación Penal a fin de que se designe otro tribunal del fuero para que determine el monto de pena





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 1923/2018/TO1/CNC1

que corresponda aplicar a los imputados _____ Chazarreta y
_____ Díaz.

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta cámara, regístrese, infórmese mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente de lo aquí decidido -el cual deberá notificar personalmente a los imputados-, notifíquese, comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; LEX 100) y cúmplase con lo ordenado en el punto dispositivo III.

MARIO MAGARIÑOS

ALBERTO HUARTE PETITE
(en disidencia)

PABLO JANTUS

Ante mi:

GUIDO WAISBERG
SECRETARIO DE CÁMARA

