



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

Reg. n° 508/2016

/// la ciudad de Buenos Aires, a los once días del mes de julio del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Pablo Jantus, Mario Magariños y Horacio L. Días, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la causa n° CCC 43935/2014/TO1/CNC2, caratulada “Silva, y otro s/ robo con armas en tentativa”, de la que **RESULTA:**

I. Mediante veredicto del 26 de mayo de 2015 –cuyos fundamentos fueron dados a conocer el 2 de junio del mismo año–, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 16 resolvió condenar a Silva y a Vergara, como coautores del delito de robo agravado por haber sido cometido mediante el empleo de armas – hecho de la causa n° 4590– en concurso real con el de robo agravado por haber sido cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa –hecho de la causa n° 4603–, a la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas, y a la pena única de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la sanción anterior y de la pena de tres años de prisión en suspenso, dictada el 4 de junio de 2014 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 10 en el marco de la causa n° 4255, cuya condicionalidad revocó. Asimismo, condenó a Gómez como coautor del delito de robo agravado por haber sido cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa – hecho de la causa n° 4603–, a la pena de dos años y tres meses de prisión y costas, y lo declaró reincidente (arts. 5, 12, 19, 27 párr. 1, 29 inc. 3º, 40, 41, 42, 45, 50, 55, 58, 164, 166 inc. 2º y 167 inc. 2º del Código Penal y arts. 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación –fs. 859/860 y 872/887–).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

II. Contra esa sentencia, el defensor *ad hoc* de la Defensoría Pública Oficial n° 9 ante los Tribunales Orales en lo Criminal, doctor Mariano G. Juárez, interpuso recurso de casación (fs. 910/936), que fue concedido (fs. 954/955) y mantenido (fs. 958).

III. El 2 de septiembre del mismo año se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara y sus integrantes decidieron otorgar al recurso el trámite previsto en el art. 465 CPPN (fs. 961).

IV. En el término de oficina, legislado en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del mismo código, se presentó el defensor público oficial a cargo de la Unidad de Actuación n° 1 ante esta Cámara, doctor Martín Armando (fs. 964/981).

V. Se designó audiencia conforme lo establecido en el art. 465 citado, inciso 5°, a la que las partes no comparecieron (fs. 983 y 985).

VI. Tras la deliberación del tribunal, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Pablo Jantus dijo:

I. La intervención de este tribunal está dada por el recurso de casación presentado por la defensa contra la sentencia condenatoria aludida, en el que esa parte se agravió, centralmente, por arbitrariedad en la valoración de la prueba y en la determinación de la pena, errónea aplicación de la ley sustantiva y violación al principio acusatorio.

En primer lugar sostuvo que el fallo adolece de fundamentación con relación a la participación de Vergara en el hecho investigado en la causa n° 4590, ya que la víctima aseveró que éste se limitó a observar lo que ocurría sin intervenir y la testigo Lacerra confirmó que se hallaba en la vereda de enfrente y que fue un tercero el que tomó el teléfono sustraído. Refirió además, sobre la base de tales testimonios, que debía descartarse que aquél se hubiese resistido a la detención, tal como afirmaron los dos policías que t on parte en el





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

procedimiento. Argumentó luego que, eventualmente, de considerarse que el imputado participó del hecho como se sostiene en el fallo, no medió un supuesto de coautoría ya que el caso no reúne sus requisitos: contribución en la ejecución indispensable para el resultado, conforme a un plan común previo. Concluyó diciendo que, en todo caso, Vergara debía responder como partícipe necesario.

En segundo término, criticó también el razonamiento empleado en el fallo para acreditar el empleo de un cuchillo en dicho suceso, advirtiendo que no fue secuestrado y que tal extremo se construyó a partir del testimonio solitario de la víctima, con lo que no se alcanzó la certeza requerida en esa instancia y debió resolverse la cuestión recurriendo al principio contenido en el art. 3 CPPN.

En tercer orden, indicó que la interpretación y aplicación a ese caso de la figura de robo con armas (art. 166, inciso 2°, CP) efectuada en la sentencia viola el principio de legalidad, en tanto la imprecisión en el testimonio de la damnificada al describir el elemento presuntamente empleado en el robo impide catalogarlo como tal, y eventualmente el estado de inocencia, ya que al no ser incautado el citado objeto no se probó su poder ofensivo. En subsidio, y por no haberse escogido oportunamente el agravante por la comisión en banda, reclamó que el hecho fuera calificado como constitutivo del delito de robo simple (art. 164 *idem*).

En cuarto lugar, se agravó por el juicio de mensuración de la pena aduciendo dos órdenes de razones. Por un lado, argumentó que la inclusión de circunstancias no relevadas por la fiscalía al ponderar la sanción, la selección de sólo una de las agravantes por las que medió acusación y la imposición no obstante ello del mismo *quantum*, importó violación a las reglas del modelo contradictorio, razonando que debía excluirse y, en consecuencia, disminuirse la sanción. Por el otro, acusó arbitrariedad e infundado apartamiento del mínimo legal





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

-a partir del cual, a su modo de ver, corresponde emprender el análisis del que se trata-, efectuando consideraciones sobre ese aspecto a la hora de computar en el trámite de unificación de penas una sanción anterior de ejecución condicional (art. 58 CP).

II. Antes de ingresar al análisis del fondo del asunto corresponde aclarar que en el fallo se tuvo por probado -con relación al hecho atribuido en la causa n° 4590- que el 22 de julio de 2014, entre las 18.20 y 18.30 hs., en las inmediaciones de la intersección de las calles Teodoro García y Moldes de esta ciudad, Silva interceptó a Marcelina Cuevas, quien caminaba por allí. Para ello salió desde atrás de un árbol, la tomó el brazo, se lo dobló y le exigió la entrega de sus pertenencias, a la vez que metía la mano en el bolsillo del saco de la víctima y apretaba una sebillana o cortaplumas de mango color marrón contra sus costillas -con tal fuerza que el bolsillo de la campera se descosió-. Así logró apoderarse de un teléfono celular marca Motorola, modelo "G". Se sostuvo que para tal fin la imputada contó con el apoyo de su pareja Vergara y de un sujeto no identificado; que el primero se hallaba en la vereda de enfrente vigilando y protegiéndola y el segundo tomó el teléfono que aquella le dio y se dio a la fuga. Se agregó que la testigo Mónica Lacerra observó lo ocurrido y convocó a la policía, quien detuvo a los imputados, pese a su resistencia -Silva asumió una actitud agresiva, lanzando golpes; mientras que Vergara gritó, insultó, empujó y reclamó al agente que no molestara a su mujer, quien se hallaba embarazada-. Se efectuó un rastillaje para dar con el tercer sujeto y con el teléfono celular, con resultado negativo.

Respecto del suceso juzgado en la causa n° 4603, se determinó que el 21 de marzo de 2014, alrededor de las 21.00 hs., en la intersección de las calles Donado y Tomás Le Bretón de esta ciudad, María Verónica Ferro fue interceptada por Silva, quien se le





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

abalanzó, la tomó del cuello y le clavó las uñas, reclamando que le diera algo. Se produjo entonces un forcejeo en el que la víctima fue arrojada contra una persiana. En ese contexto, se sumaron al hecho Gómez, esgrimiendo una botella de cerveza, y Vergara, quien palpó a Ferro en busca de objetos de valor. La damnificada logró desprenderse de Silva y, al tratar de pasar por debajo de los imputados, cayó al piso, ocasión que aprovecharon éstos para golpearla y patearla en la cabeza, espalda y pecho, causándole excoriaciones de carácter leve en su cuello. Luego se dieron a la fuga sin sustraer nada y Ferro concurrió a la Comisaría, los describió y la policía los halló y los detuvo detrás de un supermercado ubicado en las inmediaciones de la intersección de las calles Quesada y Estomba.

Ahora bien, los parámetros que, a mi modo de ver, deben ser tenidos en cuenta a la hora de revisar la sentencia desde el tribunal de casación han sido desarrollados *in extenso* al resolver en la causa n° 11375/2013/TO1/CNC1, caratulada “Mansilla, Pablo y otro s/ lesiones leves” (Rta. 16/7/2015, Reg. n° 252/2015), ocasión en la que se analizaron las pautas de una interpretación constitucional del recurso en tratamiento a partir de la doctrina del precedente “Casal” (C.S.J.N., Rta. 20/9/2005). Allí sostuve también, y es pertinente en este caso, que el examen de la plataforma fáctica de una sentencia de condena está orientado a determinar si los elementos de convicción ponderados en el pronunciamiento cuestionado y los razonamientos utilizados permiten demostrar que, en ese caso, se ha acreditado con certeza la acción imputada, con cita de José I. Cafferata Nores (La prueba en el proceso penal, 3ª edición, Depalma, Bs. As., 1998, p. 8) y Luigi Ferrajoli (Derecho y Razón, Ed. Trotta, España, 1998, p. 105 y ss.) para el desarrollo de ese concepto.

Sobre la base de estas consideraciones y ceñido al análisis de los agravios presentados por la recurrente, debo señalar que desde mi





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

punto de vista el tribunal de juicio ha efectuado una adecuada valoración de la prueba rendida en el debate, y la ha articulado de modo tal que, de su lectura, se puede comprender sin lugar a dudas que ha sido correcta tanto reconstrucción histórica del hecho investigado en la causa n° 4590 como la atribución de responsabilidad a los imputados en el mismo, conforme las pautas de la sana crítica racional y de certeza que requiere un pronunciamiento como el cuestionado (arts. 241 y 398 CPP).

Creo que, de adverso a lo sostenido por la parte recurrente, en el fallo se ha realizado una prolija y minuciosa descripción de las manifestaciones de los testigos, y que de la ponderación que se efectuó luego de esos diversos relatos y de su vinculación entre sí, se desprende la conclusión a la que finalmente se arribó, al tener por acreditada la participación de Vergara y el empleo de un arma en el hecho.

a. Con relación al primer aspecto, se recurrió a la declaración de la víctima, quien señaló que el imputado permaneció en la vereda de enfrente y que Silva se dirigió hacia él luego de desapoderarla de su teléfono, y se la vinculó luego con la de la testigo, quien manifestó que el nombrado y el tercer sujeto se le acercaron cuando pidió auxilio, y expresó su impresión acerca de la ubicación y el rol que ellos cumplían: observando y protegiendo a la imputada. Lo expuesto se relacionó también con el relato del oficial de policía Manrique, quien explicó cómo los dos trataron de resistir la detención-

En definitiva, se sostuvo que la presencia de Vergara en el lugar tuvo por objeto facilitar el amedrentamiento de la víctima y, con ello, el robo. Desde mi punto de vista, ese razonamiento es adecuado y resulta incorrecto el método empleado por la defensa para fundar este cuestionamiento, pues importa t aspectos parciales de los testimonios en lugar de examinarlos como un todo, como





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

adecuadamente ha hecho el tribunal, al compararlos con el resto de los elementos de convicción. Veamos.

Por un lado, si bien es cierto que la damnificada aseguró que Vergara no intervino en el suceso –se limitó a sostener que Silva se acercó a él cuando obtuvo el teléfono–, no lo es menos que aquella advirtió su presencia en la escena, y que la testigo Lacerra afirmó que cuando aquél y el otro sujeto la vieron, se le acercaron, al igual que Silva cuando ella empezó a gritar pidiendo ayuda.

Entonces, considero que en el caso efectivamente se encuentran reunidas las condiciones que requiere la coautoría: la común decisión y realización del hecho, con división de trabajo (cf. G. Stratenwerth, *Derecho Penal, Parte General I, El hecho punible*, Hammurabi, 4^a ed., Bs. As., 2008, p. 398 y ss.)

La primera, explica el autor, produce ante todo una conexión entre las partes del suceso de varios intervinientes en un delito, que permite atribuir a cada uno de ellos también el tramo cumplido por los otros; y añade que de allí que respecto de los demás requisitos sólo es de utilidad recurrir a la idea básica de la responsabilidad por autoría: comete el hecho quien tiene en sus manos el curso del acontecer que cumple el tipo. Por ello, la cuestión de si alguien toma parte en la decisión común tiene que ser resuelta, principalmente, en vista del rol que él asume (voluntariamente) para la ejecución del hecho. Ese rol tiene que estar constituido de tal forma que haga que su aporte aparezca no como mero apoyo al obrar ajeno, sino como una parte de la actividad de todos, y las acciones de los demás, correspondientemente, como un complemento de su propio aporte al acontecimiento. En esa medida, todo lo demás depende de la cuestión de qué clase de intervención en el acontecer del hecho cumple esos presupuestos. Finaliza el análisis de la coautoría expresando, con relación al aporte objetivo que el coautor debe prestar, que si uno se





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

basa también en este caso en el dominio del hecho, puede ser coautor sólo quien participa de ese dominio, es decir, quien lo ejerce en común con otros; eso ocurre solamente en el caso de que su contribución -según el plan conjunto- configure, en el estado de la ejecución, un presupuesto imprescindible para la realización del resultado pretendido, por tanto, cuando es tan importante que de él depende toda la empresa -el llamado dominio "funcional" del hecho- (*ibídem*).

En ese marco de análisis, entiendo que aun cuando haya sido Silva quien ejecutó la sustracción del teléfono, puede afirmarse como bien lo hizo el tribunal, que la acción de Vergara reunió las condiciones aludidas en tanto la intimidación propia del delito de robo también fue ejecutada por él: no sólo mientras Silva abordaba a Cuevas y la desapoderaba de su teléfono -para cuando ésta ya había percibido la presencia de aquél-, sino sobre todo cuando se incorporó a la escena la testigo, vio a los tres y dio aviso a la policía, pues fue entonces cuando los dos sujetos se le acercaron, con el evidente propósito de asustarla y de evitar la intervención policial.

Es claro así que Silva no actuó sola, sino acompañada por Vergara y por el sujeto no identificado. La presencia de ambos fue notada tanto por la denunciante como por la testigo y los dos entraron en acción mientras el robo se desarrollaba, acercándose a la última para evitar que diera aviso a la policía y dándose uno de ellos a la fuga con el objeto del delito, que le entregó la imputada.

Es por ello que considero que el caso reúne las notas requeridas por la teoría del delito en materia de participación y, en ese marco, para justificar la coautoría, con lo que este aspecto del pronunciamiento debe ser confirmado.

b. Por otro lado, con relación a la acreditación del empleo de un arma en el caso, entiendo que también este extremo ha merecido





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

suficiente tratamiento en el fallo, y que a tal fin es correcto recurrir al testimonio de la víctima, quien en diversos tramos de su exposición hizo alusión a dicho elemento: cuando relató que fue abordada por la imputada, quien “sacó una sevillana o cortaplumas”, describiendo el color de su mango –marrón–; al explicar que fue empleada apretándosela contra su abrigo a la altura de sus costillas mientras le reclamaba la entrega de pertenencias; al decir que desconocía qué sucedió finalmente con la “sevillana”, si fue entregada a otra persona o cuál fue su destino; al mencionar que el elemento le marcó la ropa y, finalmente, al contestar que la policía la buscó luego de la detención de los imputados. En todas esas ocasiones, reitero, Cuevas mencionó el empleo de una sevillana –o cortaplumas, al inicio de su declaración–, que describió en algunos aspectos, como el color de su empuñadura.

Dicha prueba resultó suficiente a juicio del tribunal para acreditar el extremo del que se trata aun cuando, como correctamente se relevó, no fue incautada. La damnificada hizo mención al uso de ese instrumento desde el inicio, y tanto fue así que ameritó que la policía emprendiera su búsqueda luego de asegurar a los imputados. Desde mi punto de vista, la nombrada fue muy clara y precisa en la descripción del hecho que percibió de modo directo a través de sus sentidos, y su testimonio resulta coherente, más allá de la contradictoria argumentación de la defensa que realza el valor de ese testimonio al tratar la participación de uno de los imputados en el hecho y lo desmerece cuando se trata de la utilización del objeto aludido, con lo que no lleva razón esa parte al sostener que debió aplicarse en este aspecto el principio contenido en el art. 3 CPPN.

Por lo demás, desde mi punto de vista la consecuencia jurídica de la acción imputada también ha sido correcta, y sobre este aspecto me remito al tratamiento efectuado en el precedente “Monasterio,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

Alan y Ruocco, Alejandro Lucas s/ robo con armas” (causa n° CCC 46517/2014/TO1/CNC1, Rta. 11/09/15, Reg. n° 453/2015, de esta Sala), ocasión en la que adherí al voto del colega, doctor Luis F. Niño, sosteniéndose que la norma en cuestión, es decir, el art. 166, inc. 2, párr. 1, CP, está destinada a la incriminación de conductas llevadas a cabo con *armas blancas o armas impropias*, en tanto el segundo párrafo lo está para castigar con mayor severidad la utilización de armas de fuego.

Entiendo, en ese orden y como se afirmó precedentemente, que el relato de la víctima contiene elementos descriptivos suficientes que permiten aseverar que en el suceso se esgrimió un instrumento filo cortante que, sin dudas, aumentó el poder vulnerante de la atacante. Aquella, reitero, especificó que se trataba de una sevillana, elemento que por sus características reúne todas las propiedades de un arma en sentido estricto; por lo que afirmar que tal instrumento no es un arma blanca en el cabal sentido del término colide con la propia definición de tal sustantivo común, con lo que no puede sostenerse razonablemente que se haya afectado el principio de legalidad.

Conforme a lo expuesto, y por los fundamentados brindados en el precedente citado, al que remito por tratarse de un caso análogo, entiendo que debe rechazarse también esta crítica.

III. El último agravio de la defensa, vinculado con el juicio de medición de la pena, correrá la misma suerte.

a. Por un lado, al tratar los alcances del concepto, Patricia S. Ziffer define la determinación de la pena como el acto mediante el cual el juez fija las consecuencias de un delito, y explica que no se trata únicamente de la elección de la clase y monto de la pena, sino que alcanza también a cuestiones relacionadas con el modo de ejecución, el lugar de cumplimiento, sus condiciones, deberes e incluso con la reparación del daño, entre otras; y concluye diciendo





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

que se trata de un acto complejo en el cual, según las disposiciones legales, se debe dar cumplimiento a las diferentes funciones de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible (P. Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, Bs. As., 1996). Reconoce más adelante, al explicar la necesidad de fundamentación de ese aspecto del fallo por tratarse de la máxima injerencia estatal sobre el individuo, que es el juez quien valora las particularidades del autor y de su hecho, y que es el único capaz de conocer lo específico del caso a reflejarse en la gravedad de la sanción –de allí el mayor deber de fundamentación jurídica– (ob. cit., p. 27 s.).

En sentido análogo, sostiene Creus que la individualización de la pena “(e)s el procedimiento por medio del cual la pena abstractamente determinada por la ley se adecúa al delito cometido por el concreto autor. La individualización la realiza el juez en su sentencia (por tanto es judicial) en base a las especificaciones del tipo y a las pautas de la parte general (respecto de los cuales se habla de una individualización legal, aunque impropia) y se va adecuando a la persona del condenado mediante la ejecución en procura de su fin de prevención especial (se habla entonces de una individualización ejecutiva)” (Carlos Creus, *Derecho penal, parte general*, 3ª ed., Astrea, Bs. As., 1992, p. 492). Refiere luego que “el Código Penal procura delimitar entonces el arbitrio del magistrado formulando pautas generales de individualización. El art. 40, C.P., dispone »en las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente«. La primera regla no parece más que una reafirmación de la tipicidad de la pena; la segunda remite al art. 41, C.P., que es el que determina las pautas de apreciación, unas





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

relacionadas estrictamente con el hecho y otras con la persona y circunstancias en que actuó el autor” (ob. cit. p. 499).

b. Por otro lado, el sistema de enjuiciamiento acusatorio (art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de jerarquía constitucional conforme al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) integra el derecho fundamental a la defensa en juicio al concentrar los valores de presunción de inocencia, imparcialidad del juzgador, igualdad de armas y asunción de la carga de la prueba por parte de la acusación, y de allí resulta una clara separación entre las funciones requirentes y decisorias, de modo que la labor jurisdiccional reconoce como límite la resolución, como tercero imparcial, de un conflicto de intereses, sin ir más allá de las pretensiones de las partes. Si así no lo hace, priva a la defensa de presentar sus argumentos, colocándola en una situación más desfavorable y sorprendiéndola con la solución del caso, lo que no puede admitirse (cf. causa n° CCC 14986/2014/TO1/CNC1, “Sirota Rubén Darío s/ robo con armas”, Rta. 9/10/15, Reg. n° 540/2015).

c. Con tales premisas se concluye claramente desde mi perspectiva que en el marco de nuestro ordenamiento legal el juicio de determinación o selección de la pena es propio del juez, aunque esa tarea debe adecuarse a las pautas objetivas y subjetivas previstas en los arts. 40 y 41 citados, respetar la pretensión punitiva estatal expresada por el representante del Ministerio Público Fiscal y contener suficiente fundamentación para permitir su control.

Creo que ese análisis es facultativo del tribunal y que tanto es así que la parte final del art. 41 en cuestión dispone que el juez debe tener conocimiento directo y *de visu* del imputado; además, disposiciones tales como las contenidas en los arts. 26 y 27 *bis* del mismo Código le acuerdan la potestad de dejar el cumplimiento de la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

sanción en suspenso así como también, en su caso, imponer reglas de conducta.

Es que forma parte del poder de connotación judicial la comprensión de aquellos elementos del hecho que aconsejen dosificar en su medida justa la sanción por el evento, debiendo el juez, a tal fin, percibir las notas peculiares del caso para que sea posible, a la vez, robustecer la confianza de la población en el imperio del derecho –con el límite de la culpabilidad– y lograr la resocialización del autor (cf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1998, p. 155 y ss.).

Ello permite sostener que en el recurso de casación no es posible avanzar sobre ese poder discrecional, y el examen deberá concentrarse en determinar si en la sentencia se han dado fundamentos suficientes que justifiquen el monto que se ha discernido.

En el caso, observo que los montos sancionatorios decididos en autos resultan fundados y adecuados a las circunstancias del hecho y de los autores.

En ese sentido, los jueces t on en cuenta adecuados parámetros tanto objetivos como subjetivos, al considerar las características de los hechos –la nocturnidad en ambos casos, y la forma de abordaje de la víctima y el número de intervinientes en uno y la violencia empleada en el otro– y las condiciones personales de los imputados –la confesión, el arrepentimiento, el grado de instrucción, la situación social y económica, y el estado de salud de los nombrados–. Y arribaron al monto de pena única, en el caso de Vergara y Silva, componiendo en ocho años de prisión la pena de seis años decidida en este caso y la anterior de tres años, con invocación de similares pautas orientativas.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

A mi modo de ver dicho análisis resulta suficientemente argumentado y ajustado al marco normativo invocado recientemente, sobre todo cuando, aunque no encuentra específica previsión legal la propuesta del recurrente de ingresar a la escala legal partiendo del mínimo, no ha mediado un sustancial apartamiento del previsto para el concurso de delitos seleccionado. De tal modo, no es posible sostener que en ese aspecto el fallo resulte arbitrario, ni que correspondiera en el caso la composición propuesta por la recurrente, aun cuando tal reelaboración resulte posible conforme el principio general de pena total (sobre el alcance en este sentido de la regla contenida en el art. 58 CP puede consultarse la causa n° CCC 56449/2013/TO1/CNC2, caratulada “Núñez, Brian Oscar s/ homicidio simple en grado de tentativa”, Rta. 11/9/15, Reg. n° 451 /2015 y sus citas: Zaffaroni, Slokar y Alagia, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Bs. As., 2000, pp. 964 y ss. y Ricardo Núñez, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, T. II, p. 516, Ed. Lerner, Córdoba, 1978).

Por último, con relación a la incorporación de circunstancias de valoración no relevadas por la fiscalía al requerir la pena, debe descartarse que ello importe un supuesto de decisión *extra petita* que vulnere el derecho de defensa de los imputados, ya que es claro desde mi punto de vista, considerado los antecedentes ya invocados, que la limitación a la potestad jurisdiccional constituida por la pretensión punitiva del fiscal no alcanza aquel extremo, sino que se refiere a los hechos, su calificación legal, monto sancionatorio y consecuencias de la condena, con lo que es tarea del juez fijar la pena respetando los parámetros mencionados en el primer párrafo de este punto.

Pero aun admitiendo la hipótesis presentada por la defensa, esa parte no ha demostrado de qué modo se ha visto sorprendida por la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

decisión del tribunal a la hora de considerar distintas agravantes o descartar la aplicación de una figura legal, ya que cuestiones tales como la nocturnidad en ambos casos y la forma de abordaje de la víctima y el número de intervinientes en uno de ellos surgen tanto de los requerimientos de elevación a juicio y del relato de la víctima que invocó el fiscal Fiszler a la hora de describir los sucesos y concretar su acusación en el alegato, como del hecho de que reclamó como consecuencia jurídica la aplicación de la figura prevista en el art. 167, inciso 2°, CP. No se explica entonces cómo se vedó a la defensa la posibilidad de argumentar acerca de tales cuestiones y ello contribuye al rechazo de este agravio.

En este orden, al decidir recientemente en un caso análogo, adherí al voto del colega Eugenio Sarrabayrouse que sostuvo que “de manera general, puede afirmarse que en el marco de este sistema procesal, no viola el derecho de defensa en juicio o el debido proceso la valoración por parte del tribunal de elementos agravantes si ellos surgen de las circunstancias del hecho descriptas en la acusación y discutidas en el debate. En ese caso no puede alegarse la existencia de una sorpresa, base de la regulación del derecho de defensa en juicio, pues el imputado pudo ofrecer prueba al respecto y tuvo oportunidad de contradecir la descripción de la acusación” (v. causa n° CCC 500000512/2011/TO1/2/CNC1, caratulada “Gómez, Brian Alexis s/ tentativa de homicidio, portación de arma de guerra y otros”, Rta. 23/12/15, Reg. n° 810/2015).

Por lo demás, debe destacarse que el tribunal tomó en cuenta las circunstancias ponderadas por el fiscal y agregó otras que, aunque no fueron mencionadas por el fiscal específicamente sí fueron aludidas en las descripciones de los hechos, con lo que es claro que la decisión de imponer la misma pena que aquella parte impetró, ningún menoscabo ha causado al derecho de defensa.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

En virtud de lo expuesto, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida, sin costas por considerar que la parte tuvo razón plausible para litigar, a estar a la naturaleza del recurso y la jurisprudencia citada (artículos 456, 469, 470, 471 –estos dos *a contrario sensu*–, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Horacio L. Días dijo:

Adhiero en lo sustancial al voto del Juez Jantus, en cuanto a los puntos donde trata los tópicos vinculados a la autoría del hecho, su correcto encuadre legal, y la dosificación judicial de la pena, deseando agregar en lo que a esto último concierne, en particular a la crítica de la parte a la decisión del tribunal de tener en cuenta circunstancias agravantes que no fueron enumeradas por la fiscalía en su acusación, que la parte recurrente no ha logrado demostrar un agravio concreto en este punto, dado que en el contexto de plurales circunstancias agravantes justipreciadas en la sentencia, aquellas que cuestionada, no parece haber incidido de un modo decisivo y preponderante en la pena impuesta, sino todo lo contrario.

Tal es mi voto.

El juez Mario Magariños dijo:

Comparto la solución propuesta para el caso en el voto del juez Jantus, respecto de todos y cada uno de los planteos contenidos en el recurso de casación.

Sólo cabe señalar que no asiste razón a la defensa al indicar que el elemento utilizado para cometer el robo, esto es una “sevillana”, no debe ser considerada arma en los términos del artículo 166, inciso 2° del código de fondo, en tanto “por arma debe entenderse aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

destino” (Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, tomo IV, Buenos Aires, Ed. Tea, 1988, p. 300).

Es que, precisamente, la circunstancia que permite agravar la figura del robo por el empleo de un arma, es el mayor riesgo para la vida y la integridad física de la víctima, así como el mayor grado de intimidación que se genera con la utilización de dicho elemento.

Resulta evidente que una sevillana reúne estas características, y tal como lo señala Edgardo Donna, debe ser considerada arma en los términos del artículo 166, inciso 2° del código de fondo, pues respecto de “los instrumentos punzantes, aun cuando no hayan sido originariamente fabricados con el fin de servir propiamente como armas, (...) lo decisivo, desde un punto de vista teleológico, no es la finalidad con la que se construyó el instrumento, sino el peligro que de su uso se deriva, y el aumento del poder coactivo de la acción” (*Derecho Penal. Parte especial*, tomo II-B, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni editores, 2001, p. 162). Asimismo, enseña Carlos Creus que “Dos son las razones que se configuran para intensificar la pena: por un lado el mayor poder intimidante del arma y, por otro, el peligro que constituye para el agraviado la utilización del arma por parte del agente” (*Derecho Penal, Parte especial*, tomo I, 3° edición, Buenos Aires, editorial Astrea, 1990, p. 455).

Por último, cabe recordar aquí que, conforme explica Rodolfo Moreno (h), en el proyecto de Código Penal de Tejedor se agrava “el delito cuando se ejecuta empleando armas”... “El respectivo artículo, en la parte final dice, por la palabra armas, ‘se entiende todo instrumento con el cual se pueda inferir ‘una herida corporal capaz de poner en peligro la vida’ ”; y agrega el autor citado que, “Por armas debe entenderse...todo adminículo apto para ofender o para dañar, cualquiera que fuese su destino, no debiendo limitarse el calificativo a aquellos objetos destinados al ataque o defensa de las personas”, pues





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

“Arma es un revolver o un puñal fabricados para la defensa o la ofensa, y 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” (*El Código Penal y sus antecedentes*, Tomo V, Buenos Aires, editorial H.A. Tommasi, 1923, p. 144/147).

En síntesis, el sentido y la razón de ser de la agravante en cuestión se presenta con certeza y precisión suficientes y aparece así correctamente aplicada en el caso por los jueces del juicio.

Con esa aclaración, reitero mi adhesión al voto que lidera el acuerdo.

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

RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la resolución recurrida; sin costas (artículos 456, 469, 470 y 471, los dos últimos *a contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

PABLO JANTUS

MARIO MAGARIÑOS

HORACIO L. DÍAS

Ante mí:





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 43935/2014/TO1/CNC2

Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CÁMARA

