



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

Reg. n° 230/2020

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 26 días del mes de febrero del año dos mil veinte, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Alberto José Huarte Petite, Mario Magariños y Pablo Jantus, asistidos por el secretario actuante, Guido Waisberg, a efectos de resolver en la causa CCC 25901/2009/TO1/CNC1, caratulada "FRANCO, _____ s/robo con lesiones previstas en arts. 90 y 91 en tentativa", de la que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 16 de esta Ciudad, por sentencia obrante a fs. 266/vta., con sus fundamentos a fs.269/82, resolvió en lo que aquí interesa: "**CONDENAR a _____ FRANCO, de las demás condiciones personales obrantes en la causa, como autora penalmente responsable del delito de robo calificado por haber causado lesiones graves y con la participación de un menor de edad, a la pena de SEIS AÑOS Y OCHO MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES y costas (arts. 5,12, 19, 29 inc. 3º, 40, 41, 41 quater, 45 y 166 inc. 1 en función del art. 90 del Código Penal de la Nación)**"-la cursiva se agrega-

II. Contra esa sentencia, la defensa de _____ Franco interpuso recurso de casación (fs. 283/93). El remedio fue concedido a fs. 294 y mantenido a fs. 302.

III. La Sala de Turno de esta Cámara le otorgó al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs.306).



IV. En el término de oficina, contemplado en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del mismo código, la defensa de Franco efectuó la presentación obrante a fs.309/14.

V. Conforme a lo establecido en el art. 465 citado, quinto párrafo, se designó audiencia en esta instancia, a la que las partes no comparecieron (fs. 318).

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

CONSIDERANDO:

El juez Alberto J. Huarte Petite dijo:

I. La defensa de Franco interpuso recurso de casación contra el fallo enunciado precedentemente.

En dicha presentación, se agravió de que el *a quo* hubiera condenado a su asistida por una figura más gravosa que la requerida por la fiscal general en su alegato, y le hubiese impuesto, en consecuencia, una pena sensiblemente mayor a la solicitada por dicha funcionaria.

En esa línea, planteó en primer lugar la inconstitucionalidad del art. 401 del C.P.P.N.

Sostuvo al respecto que debido al aumento de penalidad al que llegó el tribunal de juzgamiento, superando el monto de sanción reclamado por el Ministerio Público Fiscal, se habían vulnerado en el caso preceptos de raigambre constitucional.

Argumentó en ese sentido que de acuerdo a lo normado por el art. 120 de la Constitución Nacional, el Ministerio Público es un organismo independiente de los restantes poderes del Estado, y conforme la tripartición de facultades entre jueces, fiscales, y defensores, y lo dispuesto por los arts. 5 y 65 del Código Procesal Penal de la Nación, quedaba en claro que el único titular de la acción y de la pretensión punitiva era el representante del Ministerio Público Fiscal.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

Agregó que en su carácter de titular de la acción y de la pretensión, representando además los intereses de la sociedad afectada por el delito, el Ministerio Público Fiscal es quien tiene a su cargo formular la acusación, cuando considera que corresponde, y reclamar la imposición de una pena que satisfaga a quien representa.

Explicó que el juez, de adverso, no representa a la sociedad perjudicada ni puede hacerlo, pues excedería su función, invadiendo la esfera propia de la fiscalía, y por lo tanto, según lo entiende, carece de legitimidad para superar el monto de pena que reclama quien por ella interviene en el proceso.

Consecuentemente, sostuvo que en la medida en que la sanción impuesta por el juez sobrepasara el monto solicitado por el Fiscal General, la judicatura había invadido facultades ajenas, lo que la descalificaba como tal, y vulneraba la garantía de imparcialidad del juez, la división de funciones dentro del proceso, y los principios *nemo iudex ultra petita partium* y de congruencia, pues si se entendía que este último se refiere a la conformidad que debe existir entre el fallo y las pretensiones de las partes, no cabía duda que el exceso de sanción vulneraba la correlación que debe existir entre ellas.

Concluyó entonces en que el art. 401 del Código Procesal Penal de la Nación (anterior a la reforma constitucional del año 1994), al autorizar al juez a imponer una pena mayor a la reclamada por la fiscalía, vulneraba la Constitución Nacional porque conculcaba la independencia de poderes o potestades del titular de la pretensión penal, carecía de la lógica concordancia del sistema jurídico, y además permitía la invasión del juez en una actividad que le resultaba ajena.

Por todo ello, entendió que se encontraba demostrado que hoy en día, el art. 401 del C.P.P.N resultaba totalmente contrario a la Constitución Nacional y por ende, no estaba legitimado para ser



aplicado en caso alguno, por lo que correspondía declarar su inconstitucionalidad y reducir la sanción impuesta a su pupilo.

Citó en apoyo a su postura el fallo “Tarifeño” y los consecuentes pronunciamientos que en similar sentido dictó la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por otra parte, afirmó que la sentencia impugnada resultaba arbitraria, al haber impuesto a su asistida una pena que superaba el reclamo punitivo efectuado por la fiscal general interviniente

En ese sentido, afirmó que toda vez que la acusación fiscal se concreta con el pedido de pena, dicha resolución importaba una inobservancia de las normas procesales, puesto que no existía correlación entre la imputación y la sentencia (arts. 456, inc. 2 del C.P.P.N).

Agregó que el fallo atacado implicaba la inobservancia de las formas sustanciales del juicio, en tanto se había ignorado la pretensión del titular de la acción penal, imponiéndole a su asistida, en forma sorpresiva, una pena superior a la reclamada, lo que constituía una flagrante violación a las garantías de defensa en juicio y del debido proceso.

Sostuvo, asimismo, que dicha circunstancia violaba el principio de congruencia, pues significaba una sorpresa para quien se defiende, y afirmó que el pedido de pena formulado por el acusador en sus conclusiones constituía un límite tan infranqueable para los jueces como la descripción de los hechos contenida en la misma acusación, pues era tan importante dar a la defensa la posibilidad de argumentar sobre los hechos y su calificación legal, como sobre la pena a imponer.

Reiteró nuevamente aquí, que los principios del contradictorio, *ne procedat iudex ex officio* y la prohibición de la actuación *ultra petita* poseen raigambre constitucional, e implican la imposibilidad del juzgador de exceder el marco que imprime la acusación al





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

delimitar el objeto del proceso, límite que surge de sus respectivos roles de acuerdo a la manda constitucional (arts. 116 y 120 C.N), al igual que de los artículos 8.5 C.A.D.H y 14.1 P.I.D.C.P, donde se encuentra reconocido el derecho de defensa y, más aún, el sentido mismo del debate, que impone la necesidad del contradictorio y el correlato entre la acusación y sentencia.

Continuando con su razonamiento, afirmó que un agravamiento sorpresivo de la pena requerida por el fiscal, convertía a la sentencia en nula por *ultra petita*, siguiendo un concepto receptado sin ambages en materia civil, pero discutido en lo penal.

Alegó que la cuestión había llegado a tal punto que, cuando el incremento de pena era consecuencia de la habilitación de una instancia de revisión solamente por recurso del condenado, esa supuesta libertad atribuida a los jueces, se limitaba por la considerada garantía constitucional de la *reformatio in pejus*.

De modo que a su ver, conforme la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, resultaba indudable que el juez no podía fallar en exceso de la pretensión del fiscal, porque de esa forma se vulneraba el *ne est iudex ultra petita*.

Entendió por ello que al haber excedido la pretensión punitiva de la fiscalía, el *a quo* había vulnerado los principios de imparcialidad e igualdad de armas, por lo que correspondía casar el fallo impugnado y modificar la selección típica allí establecida, reduciéndose la pena impuesta acorde a la solicitada por la titular de la acción penal.

Finalmente, citó diversa doctrina y jurisprudencia que consideró pertinente en relación a su alegación.

II. Asimismo, durante el término de oficina, la defensa insistió en los planteos vertidos en el recurso de casación y dentro de ese marco de agravio, desarrolló de modo ampliatorio los aspectos vinculados con la errónea aplicación de la ley sustantiva en que había incurrido el “a quo” al calificar el hecho atribuido a su asistida, a



diferencia de lo que había entendido la fiscalía, como robo agravado por haber causado lesiones graves a la víctima y con la participación de un menor de edad.

En ese sentido, sostuvo en primer lugar que no concurrían en el caso las circunstancias requeridas por el artículo 90 del Código Penal, pues según su parecer, no se había producido en la víctima una inutilidad temporal para el trabajo, por lo que la referencia a una inhabilitación por un lapso mayor de treinta días, no específica, no cumplía con el requisito legal. Dicha afección temporal, argumentó, se refería al uso normal del aparato masticatorio, pero de ningún modo impedía el desarrollo normal de su trabajo consistente en la atención de un quiosco.

Agregó al respecto, que la propia damnificada había referido que la lesión no requirió sutura; que le produjo la inflamación del labio superior por el transcurso de una semana; que uno de los dientes ya se le movía y que el odontólogo había recomendado la extracción y posterior reemplazo para evitar una infección, por lo que existía una patología previa, y la remoción de las piezas dentarias no había sido producto del golpe, sino de una decisión médica para evitar la posible infección.

Por todo ello, entendió que correspondía subsanar la errónea aplicación de la ley sustantiva efectuada por el *a quo*, y encuadrar la conducta atribuida a Franco en el delito de robo simple en grado de tentativa, que prevé una escala penal sensiblemente inferior.

Finalmente, entendió que de prosperar sus agravios y modificarse la calificación legal aplicada por la de robo simple en grado de tentativa, la acción penal se encontraría prescripta por el tiempo transcurrido entre el auto de citación a juicio y el dictado de la sentencia en crisis, lo que así correspondía declarar.

III. Al momento de fallar, el Tribunal tuvo por probado que “...
el día 23 de abril de 2009 aproximadamente a las 13 horas, _____





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

_____ FRANCO junto a su hijo menor de edad - _____
de 8 años- ingresó al maxikiosco de propiedad de _____
DEMARCHI, ubicado en la calle Juramento ___ de esta Ciudad e
intentaron sustraerle veinticinco tarjetas telefónicas de distintas
compañías que se encontraban apoyadas en la caja registradora del
local referido.

Para lograr el cometido, _____ FRANCO distrajo a
Demarchi solicitándole un helado, para lo cual la vendedora debía
acercarse hasta la puerta del negocio y abrir un heladera tipo freezer
que se encontraba cerrada, situación que FRANCO aprovechó para
que su hijo ingresara al local sin ser advertido por su dueña.

El pequeño se ubicó detrás del mostrador y tomó 25 tarjetas
telefónicas que Demarchi había dejado apoyadas en la caja
registradora -ya que hasta ese momento no había podido
guardarlas-, y al advertirlo ésta increpó a FRANCO diciéndole que
había traído a su hijo para que él robe, obteniendo como respuesta
por parte de la imputada, una trompada en la cara, que provocó una
herida sangrante en el labio superior de la damnificada, y el
debilitamiento de los dos incisivos superiores, que a la postre
hubieron de ser removidos definitivamente.

Durante el forcejeo entre ambas mujeres, FRANCO le
ordenaba a su hijo que se fuera del lugar, quien no logró hacerlo
porque la reyerta fue advertida por los comerciantes vecinos que
intervinieron para ayudar y a su vez anoticiaron de lo que sucedía al
Cabo 1ero. Daniel Eduardo NECUZI que se encontraba cumpliendo
funciones de custodia adicional en el local de Rapipago de Juramento
1959.

Finalmente, _____ FRANCO fue detenida por personal
policial y al ser revisado su pequeño hijo, se le secuestraron de los
bolsillos del pantalón que vestía las veinticinco tarjetas telefónicas,
por lo que todo fue recuperado...”.



IV. a) Planteo de inconstitucionalidad del art. 401 del C.P.P.N, y consecuente descalificación del fallo por haber aplicado una calificación legal y una pena más grave que la solicitada por la fiscalía.

Como ya se precisó con más extensión en el acápite I, al cual cabe remitirse, la recurrente alegó en definitiva que el art. 401 del Código Procesal Penal de la Nación, al autorizar al juez a imponer una pena mayor a la reclamada por la fiscalía, vulneraba la Constitución Nacional porque conculcaba la independencia de los poderes o potestades del titular de la pretensión penal, carecía de la lógica concordancia del sistema jurídico, y además permitía la invasión del juez en una actividad que le resultaba ajena.

El planteo de la recurrente adolece de serios defectos de fundamentación que determinan su inadmisibilidad.

En efecto, no resulta novedoso afirmar que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma no sólo debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, sino que además debe probar que ello ocurre en el caso concreto (Fallos 310:211 y 324:754; entre varios otros), y para ello *“es menester que precise y acredite fehacientemente en el expediente el perjuicio que le origina la aplicación de la disposición”* (Fallos 316:687).

Es que *“la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable”* (Fallos: 314:424; 319:178; 266:688; 248:73; 300:241) y de *“incompatibilidad inconciliable”*(Fallos: 322:842 y 322: 919). Razones que conllevan a





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

considerarla como *última ratio* del orden jurídico (Fallos 312:122; 312:1437; 314:407; y 316:2624), es decir, procedente “*cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución*” (Fallos: 316:2624).

En igual inteligencia se ha dicho que “*...el análisis de la validez constitucional ‘...de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y es sólo, en consecuencia, practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere’, entendiéndose que ‘...por la gravedad de tales [exámenes] debe estimárselos como ultima ratio del orden jurídico,... de tal manera que no debe recurrirse a ellos sino cuando una estricta necesidad lo requiera’ (doctrina de Fallos: 260:153 entre otros)...*”, y que ello es así, en la medida en que es deber de los órganos jurisdiccionales “*...agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad. Sabido es que la inconstitucionalidad es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable...*” (Fallos: 328: 1491, voto de los Sres. Jueces Dres. Highton de Nolasco y Zaffaroni, considerando 27, página 1519).

Dicho en otros términos y con finalidad explicativa más detallada, el planteo de cuestiones federales demanda, por un lado, determinar cuál es el principio fundamental que una ley, decreto, reglamento o resolución, conculca; corresponde luego exponer el motivo, lo que conlleva, de modo ineludible, a la realización de un análisis en torno al significado y alcance del precepto constitucional de que se trate y, asimismo, de la ley, decreto, reglamento o



resolución cuya inconstitucionalidad se pretende; esto supone un examen en punto al significado y alcance del acto en cuestión.

Cumplidos tales extremos, es además ineludible llevar a cabo un análisis de la falta de coherencia normativa que se alegue entre el precepto constitucional del cual se trate y la norma o acto que aplicado al caso ocasione agravio federal, según el recurrente.

Se trata, en definitiva, de establecer una vinculación directa y concreta entre el caso objeto de juicio y la cuestión federal alegada.

En síntesis: el planteo adecuado de una cuestión federal no se satisface con la mera alusión, mención o invocación de principios o artículos de la Constitución Nacional, pues ello, por sí, no explica en absoluto su relevancia para resolver el pleito.

Lejos de ello, en el caso, la defensa sólo se ha limitado a afirmar dogmáticamente que el artículo 401C.P.P.N vulneraba la Constitución Nacional en base a la argumentación reseñada “*ut supra*”.

Sin embargo, con ello no ha cumplido siquiera mínimamente con las exigencias que, como ya se dijo, requiere un planteo de esta naturaleza, pues no se ha hecho cargo de explicar el contenido y alcance de los principios invocados, ni mucho menos, de qué manera aquellos se vieron concretamente vulnerados en el *sub lite* a partir de la aplicación de la norma cuya constitucionalidad cuestiona.

En efecto, la defensa afirmó, para señalarlo de forma sintética, que la sentencia impugnada resultaba arbitraria al haber impuesto a su asistida, con sustento en el art. 401 del ritual, una pena que superaba el reclamo punitivo efectuado por la fiscal general interviniente.

Este aspecto del planteo de la recurrente no ha de prosperar en razón de los motivos que a continuación se exponen.

El procedimiento penal que emerge de la reforma europeo continental del siglo XIX, y del cual deriva nuestro ordenamiento en la materia, es un híbrido que, a un mismo tiempo, pretende dar cabida





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

al postulado inquisitivo básico (persecución penal estatal de oficio), y a la regla principal del principio acusatorio (contradicción).

El principio *acusatorio* es análogo al que, en materia procesal civil, se conoce con el nombre de *dispositivo*, derivado de la autonomía de la voluntad, que rige las relaciones jurídicas sustentadas en el Derecho privado.

El citado principio dispositivo, que ha generado los aforismos *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio; sententia debet esse conformis libello; ne eat iudex extra et ultra petita partium*, se puede definir según su explicación política: en Derecho privado el interés es la medida de las acciones.

Conforme a él, en consecuencia, se impide a los órganos estatales competentes para administrar justicia avocarse a la solución de problemas jurídicos que no le hayan sido planteados por quienes, según la ley, tienen un interés legítimo para reclamar su intervención o, planteados concretamente por el interesado, extenderse más allá del caso expuesto y de la solución que se pretende.

Ahora bien, de acuerdo a la regla legal que establece que, sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal (no aplicadas en el caso), las acciones penales públicas se ejercerán de oficio (artículo 71 del Código Penal), el proceso penal vigente, al menos para el juzgamiento de los delitos de acción pública como el aquí tratado, es extraño al principio acusatorio y al dispositivo.

Ello así, pues conforme al principio acusatorio se distinguen las funciones de perseguir y decidir, colocándolas en mano de órganos estatales diferentes (el Ministerio Público y los tribunales), lo cual ha sido plasmado claramente en el ordenamiento constitucional, en cuanto se ha conferido al Ministerio Público la función de “...promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad...” (artículo 120), y



simultáneamente, corresponde al Poder Judicial de la Nación “...el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación...” (artículo 116).

Sin embargo, a la luz de la normativa infraconstitucional antes citada, la diferenciación entre órgano requirente y decisor, no ha sido dispuesta en nuestro ordenamiento jurídico para realizar el principio acusatorio desde el punto de vista material, sino para posibilitar, al mismo tiempo, un juez imparcial y un contradictor formal para el imputado (principio de defensa).

Por ello se dice que en el proceso penal por delito de acción pública, en el sistema actualmente vigente y aplicable al presentecaso, sólo rige un *acusatorio formal*, pues es el mismo Estado el que obligatoriamente (principio de legalidad procesal), persigue penalmente (*ex officio*), no bien toma noticia de la presunta comisión de un hecho presuntamente punible.

De allí también que, con la sola limitación del *thema decidendum*, derivada del principio de defensa (contradictorio), el tribunal penal pueda fallar *extra y ultra petita*, según la doctrina mayoritaria (conf. con todo lo hasta aquí expuesto, Maier, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, pág. 592, Editores del Puerto S.R.L., 2da. Edición, 2da. Reimpresión, Buenos Aires, 2002).

En el supuesto, entonces, en que el tribunal de juicio considere que la calificación legal adecuada para los hechos por los cuales medió acusación y fueron tenidos por probados, es diferente a la solicitada por la fiscalía (incluso más gravosa), no se verá afectada la garantía constitucional aludida, y debe entenderse que a la misma conclusión ha llegado la mayoría de la Corte en el precedente “**Amodio**” (Fallos: 330:2658).

En efecto, con arreglo a la norma que invocaron los Sres. Jueces que conformaron tal mayoría (artículo 280 del Código Procesal





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

Civil y Comercial de la Nación), es razonable concluir en que ninguno de ellos entendió que existiese en el caso concreto sometido a su juzgamiento, aún pese a advertir que la pena impuesta haya sido superior a la pedida por el Ministerio Público Fiscal, un agravio federal suficiente.

Y es claro que no existe tal agravio cuando, como en el supuesto que ahora nos ocupa, todas las circunstancias de hecho del caso, con incidencia para la determinación de la calificación legal correspondiente y que podían ser consideradas al momento de decidir (conformando así, en definitiva, el *thema decidendum* sobre dicha cuestión puntual), fueron puestas de manifiesto en el curso de la audiencia, a la vista de las partes, quienes ejerciendo el debido control sobre la prueba pudieron indagar sobre todos los aspectos que pudiesen ser de su interés sobre el punto, y desplegar la estrategia de defensa que consideraran pertinente.

La decisión posterior del tribunal sobre la calificación legal que resultaba ajustada a derecho para el hecho que se tuvo por acreditado fue, en consecuencia, una cuestión privativa de aquél, que sólo se encontró acotada por las circunstancias fácticas derivadas del debate con relevancia para el punto y, por supuesto, debió tener suficiente motivación que la pusiera a resguardo de toda objeción de arbitrariedad.

Mientras se respeten debidamente tales garantías, tampoco se verá afectada la imparcialidad del juzgador, desde que al momento en que le toca decidir en definitiva la cuestión (una vez sustanciado el debido proceso), aquél no asume el carácter de parte, sino que, por el contrario, procura resolver el conflicto traído a su conocimiento (artículo 116 de la Constitución Nacional), y su jurisdicción no puede ser limitada, conforme a los principios que inspiran el proceso penal actualmente vigente en el orden nacional y a las consideraciones ya efectuadas, por la petición concreta que efectúe el Ministerio Público.



A este último respecto, debe recordarse que conforme a nuestro régimen constitucional, dicho órgano ejerce sus funciones “en coordinación con las demás autoridades de la República” (artículo 120).

En consecuencia, no puede admitirse pacíficamente que se constriña al órgano jurisdiccional a aplicar la calificación legal requerida por el órgano acusador, cuando ello implicaría fijar criterios de “subordinación” y no de “cooperación” entre ambos.

En el *sub lite*, como ya se dijo, todas las circunstancias de hecho del caso, con incidencia para la determinación de la calificación legal, fueron puestas de manifiesto en el curso de la audiencia, ya a partir de la lectura del requerimiento de elevación a juicio, cuya base fáctica no mutó en modo alguno respecto de lo que constituyó la base del alegato de la fiscalía. Y todo ello se efectuó bajo el debido control de las partes, por lo que la defensa tuvo oportunidad de diseñar adecuadamente su estrategia, sin obstáculo alguno.

Cabe resaltar asimismo, que la figura legal aplicada por el *a quo* -art. 166, inc. 1, en función del art. 90 del Código Penal- fue la misma por la cual se había requerido la elevación a juicio -aunque en grado de tentativa- (Cfr. fs. 98/99vta.), y que la calificación propuesta por la Fiscal General en su alegato (robo en grado de tentativa, en concurso ideal con lesiones graves), conforme dicha Magistrada lo precisó, ya había sido anteriormente rechazada por otro tribunal oral en oportunidad de suscribir un acuerdo de juicio abreviado.

Dichas circunstancias, además de lo ya expuesto, acentuaron la posibilidad de la defensa de anticipar las diferentes calificaciones jurídicas en juego y de argumentar en consecuencia, por lo que en modo alguno puede aceptarse que se hubiese vulnerado el principio de igualdad de armas, ni que la defensa se hubiese visto sorprendida por la calificación adoptada por el *a quo* a punto tal que le hubiera impedido desarrollar adecuadamente su función. Lo sorprendente de la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

situación y el eventual estado de indefensión que ello le habría provocado, tampoco fue acreditado por la recurrente en modo alguno.

Íntimamente vinculado con lo anterior, se encuentra lo aseverado por la impugnante en cuanto a que, en conexión con la alegada inconstitucionalidad del art. 401, CPPN, y las consecuencias que de la aplicación de este último se derivarían, se habría vulnerado en el *sub lite* el principio de congruencia, al cual definió como la “conformidad que debe existir entre el fallo y las pretensiones de las partes”.

A este respecto, no puede dejar de señalarse el error en que incurrió la impugnante en cuanto al contenido del principio cuya afectación alegó, y que evidencia, aún más, lo insustancial de su planteo.

Explica Maier (MAIER, Julio B. J., “*Derecho Procesal Penal, Fundamentos*”, T. I, Ed. del puerto, 2004, Buenos Aires, pág.568 y ss.), que la congruencia es la compatibilidad o adecuación existente entre el hecho que motiva el proceso y el resultado de la sentencia. Es decir que a través de ella se procura resguardar el contradictorio y que haya correspondencia entre las circunstancias fácticas de la acusación (requerimiento de elevación a juicio y alegato en el juicio oral), y los hechos probados en la sentencia, impidiéndose así que pueda cambiarse el *thema decidendum* acerca del cual las partes han sido llamadas a exponer sus razones y el juez a resolver.

En ese aspecto, tal como lo explica el citado autor en otro trabajo (“*Acusación alternativa o subsidiaria*”, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal n° 4 y 5, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, págs. 621/34), este principio se relaciona con la necesidad de evitar que el imputado sea sorprendido y así pueda preparar su defensa y oponerse a la acusación.

Es decir, que lo que impone dicho principio no es la conformidad del fallo con las pretensiones de las partes, sino la debida



correlación entre los hechos descriptos en la acusación y aquellos que tuvo por probados la sentencia, los cuales actuarán a su vez como límite infranqueable para la calificación legal a aplicar. Consecuentemente, conforme ya se explicó, dicho principio no ha sido afectado en el caso.

Finalmente, y como corolario de todo lo expuesto, resta señalar que más allá de su acierto o error (aspecto que se analizará en el siguiente acápite), el *a quo* fundó adecuadamente los motivos por los cuales entendió que correspondía apartarse de la calificación propuesta por la fiscal general, lo que permite descartar la arbitrariedad alegada por la defensa.

En virtud de todo lo expuesto, resulta inadmisibles la inconstitucionalidad alegada (art. 444, segunda parte, C.P.P.N).

b) Agravio vinculado con la errónea aplicación de la ley sustantiva al calificar el hecho atribuido a su asistida como robo agravado por haber causado lesiones graves a la víctima y con la participación de un menor de edad.

b.1. La posibilidad de imputar el comportamiento de FRANCO al tipo objetivo de lesiones graves en perjuicio de la víctima.

Como se señaló en detalle en el acápite II, en el marco de la inconstitucionalidad invocada, la defensa alegó que el tribunal de juicio había incurrido en una errónea aplicación de la ley sustantiva al subsumir el hecho atribuido a su asistida en los tipos penales mencionados en forma precedente.

Los agravios de la defensa sobre este punto, se encuentran en parte vinculados con cuestiones que, en verdad, hacen a la materialidad del hecho que se tuvo por acreditado.

Ello así, pues para fundar su planteo, la recurrente cuestionó, en primer término, que las lesiones sufridas por la damnificada (esto es,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

la pérdida de los dos incisivos superiores centrales), hubiesen sido consecuencia directa del golpe propinado por la imputada.

Así las cosas, y habiendo analizado los agravios de la defensa conforme el criterio sustentado, entre otros, en los precedentes “**López**” (Reg. n° 1014/17, acápite III, voto del juez Huarte Petite, rta. 18.10.17) y “**Tévez**” (Reg. n° 1148/17, acápite II b., voto del juez Huarte Petite rta. 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 que debe asignarse al recurso de casación interpuesto contra una sentencia condenatoria, en función de lo establecido en los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se advierte que aquellos carecen de todo sustento, y que el *a quo* ha emitido fundadamente su decisión en cuanto a las circunstancias y consecuencias fácticas que rodearon el hecho investigado (arts. 241 y 398 CPPN).

En efecto, en orden a la valoración probatoria efectuada en la sentencia, la Dra. Cantisani -a cuyo voto adhirieron los demás integrantes del tribunal-, sostuvo en lo aquí pertinente, esto es, la aplicación del delito de robo agravado por las lesiones graves causadas a la víctima, que: “...Además, y en cuanto a lo también alegado por la Defensa, si bien la víctima en su declaración dijo recordar que antes del hecho, uno de sus incisivos se encontraba “medio flojo” quizás por su edad –aproximadamente 48 años al momento del hecho-, aseveró en forma contundente que no padecía ni padece aún hoy ningún tipo de enfermedad bucal, y que aquellas piezas dentarias fueron las últimas que perdiera hasta la fecha –han transcurrido 7 años-...” -la cursiva se agrega- (fs. 276).

Asimismo, al momento de fundar la calificación asignada al hecho que se tuvo por probado, la Dra. Cantisani expresó en lo que



ahora interesa: “...En el caso y a los fines de la adecuación típica señalada, se verifica que se ejerció violencia en la persona, ello acreditado sin más, con el golpe de puño asestado por parte de FRANCO en el labio superior de la damnificada, amén del forcejeo que luego de esto se produjera y que según informe médico agregado a fs. 85/89 resultaran de carácter grave, ya que implicó necesariamente la remoción de ambas piezas dentarias –incisivos superiores centrales- y su posterior reemplazo...”.

Como se observa, el *a quo* hizo mérito del citado informe médico que resultó concluyente al establecer que: “...La movilidad grado 4, que presentan los Incisivos Centrales Superiores derecho e izquierdo (1.1 y 2.1), es compatible con choque o golpe con o contra objeto duro o semiduro, es un daño de importancia grave de su aparato masticatorio, que inhabilita en un lapso mayor a 30 días”.

También relevó adecuadamente el testimonio de la damnificada en cuanto, tal como se consignó adecuadamente en el fallo, si bien “...dijo recordar que antes del hecho, uno de sus incisivos se encontraba ‘medio flojo’ quizás por su edad –aproximadamente 48 años al momento del hecho-, aseveró en forma contundente que no padecía ni padece aún hoy ningún tipo de enfermedad bucal, y que aquellas piezas dentarias fueron las últimas que perdiera hasta la fecha –han transcurrido 7 años-”.

Frente a este panorama, el argumento de la recurrente vinculado con que la remoción de las piezas dentarias no fue producto del golpe, sino de una decisión médica para evitar la posible infección, no resulta atendible, pues habiéndose descartado la existencia de cualquier otra patología bucal en la damnificada –conforme lo explicó el *a quo*-, no admite discusión el hecho de que la decisión médica de extraer las piezas dentales en cuestión, se dio en el marco del tratamiento que demandaron las lesiones causadas por el golpe propinado por la acusada.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

Por su parte, el planteo de la defensa vinculado con que las lesiones causadas a la damnificada no la inhabilitaron para desempeñar su actividad laboral, tampoco puede ser acogido, pues en ese sentido, coincido con la posición doctrinaria mayoritaria en el sentido de que el texto del art. 90 C.P. no se refiere al trabajo habitual de la víctima ni al que desempeñaba al momento de la lesión, sino al trabajo en general, que incluye a ambos (cfr. SOLER, "Derecho Penal Argentino" T.III, pag. 133, edición TEA 1987; FONTAN BALLESTRA C. "Tratado de Derecho Penal", T. IV, Parte Especial, pag. 270 y sg, edición 1968); es decir, que para agravar el tipo básico debe adoptarse un criterio funcional que se opone al económico, pues la ley ha querido referirse a un período de tiempo de incapacidad y no a un perjuicio económico producto de la lesión.

En el mismo orden de ideas, se ha sostenido que: *"...La inutilización para el trabajo por más de un mes ... consiste, según la doctrina dominante, en la ineptitud de la víctima para desempeñar no sólo su trabajo habitual sino cualquier trabajo en general, ya sea por las características del daño o por el tratamiento de que debe ser objeto, de allí que la agravante también se da cuando la víctima no tenía trabajo. Si bien el código se refiere al trabajo en general, ello no significa que no se tomen en cuenta las ocupaciones propias de la víctima; por el contrario, si la lesión inutiliza para las tareas habituales aquella sigue siendo grave, aunque el individuo pueda cumplir otras tareas. Es la incapacidad para realizar la actividad habitual la que ha de considerarse en primer lugar, aunque no como excluyente de la incapacidad general"* (cfr. D 'Alessio, Andrés José (Director) "Código Penal: comentado y anotado: Parte especial", 1^o Ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, p.58, con las citas allí contenidas) -la cursiva se agrega-.

En el *sub lite*, el informe médico de fs. 85/89 que fue relevado por el *a quo* y cuyas conclusiones fueron precedentemente transcritas, ha resultado dirimente sobre el punto, a lo que se sumó el



testimonio de la víctima, quien dio cuenta de las consecuencias y tratamiento que debió realizar con posterioridad al golpe sufrido.

Como corolario de lo expuesto, cabe señalar que dicha conclusión también resulta compatible con un análisis guiado por la lógica y la experiencia común, a la luz de las cuales, resulta completamente razonable que una lesión de las características de la que sufrió la damnificada, por la inflamación, dolor, y tratamiento que implica, conduzca a una incapacitación de las cualidades exigidas por el tipo penal, tal como lo determinó el mentado informe pericial.

b.2. La subsunción del hecho atribuido en el tipo penal contenido en el art. 166, inc. 1º, CP.

Sin perjuicio de todo lo hasta aquí expuesto, entiendo que el *a quo* ha efectuado una errónea aplicación de la ley sustantiva al calificar el hecho que se tuvo por probado como robo agravado por haber causado lesiones graves a la víctima (art. 166, inc. 1, en función del art. 90, del Código Penal), pues conforme a los argumentos que a continuación expondré, considero que la calificación adecuada al caso es, en lo que aquí debe decirse, la de robo en grado de tentativa, en concurso ideal con lesiones graves calificadas “*criminis causa*” (artículos 42, 45, 54, 80, inciso 7º, 90, 92 y 164 del Código Penal).

En primer término han de reproducirse los fundamentos del Tribunal de grado en orden a la calificación escogida:

“...La acción típica objetiva del delito de robo requiere que exista un efectivo apoderamiento por parte del autor de la cosa ajena, esto es que consolide sobre ésta un poder efectivo; la posibilidad de realizar sobre ella actos de disposición, aunque sea por breve lapso; y el ejercicio de fuerza o de violencia, para lograr el desapoderamiento. (Conf. “Derecho Penal”, Parte Especial, Tomo IIB, Edgardo Alberto DONNA, Ed. Rubinzal Culzoni, p.29). El fundamento de la mayor gravedad del robo, radica en el mayor disvalor que implica el uso de la fuerza sobre las cosas o la violencia





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

sobre las personas, entendiéndose por tal en este último caso, aquélla que implique el despliegue efectivo por parte del autor o los autores de una energía física o de algún otro tipo sobre la víctima, con el propósito de suprimir o limitar materialmente la libertad de acción y la resistencia que pudiera oponer al apoderamiento, antes, durante o con posterioridad al mismo, para lograr impunidad; y el uso de la violencia se extiende a todos los partícipes aún cuando por la división de tareas propia del delito no todas las personas que intervienen la hayan ejercido directamente.....Respecto al grado de perfeccionamiento de la acción, el ilícito ha quedado consumado, toda vez que si bien se recuperó todo y se detuvo a sus autores en la misma vereda del lugar, sin que en ningún momento se los perdiera de vista, cierto es, que es mayoritaria la doctrina y la jurisprudencia al sostener que la causación de lesiones graves consuma, además de agravar, la figura base del robo. En ese orden de ideas, la Sala I de Cámara Nacional de Casación Penal, rta. el 6/10/09, causa Nro. 10781, registro Nro. 14683.1 "Mammana, Alejandro s/recurso de Casación" en el que se sostuvo que 'acreditadas las lesiones graves, el tipo penal del art. 166inc. 1º CP. se encuentra completo y no se requiere la consumación del ilícito contra la propiedad y de esta forma se excluye la aplicación de las reglas de la tentativa'.

En cuanto a la hipótesis formulada por la Sra. Fiscal General atinente a la preordenación que a su criterio debe existir entre las lesiones y el desapoderamiento, debe entenderse que la violencia desplegada conforme los requisitos establecidos en el tipo penal calificado, puede desarrollarse en cualquiera de los momentos establecidos por el artículo 164 del Código Penal.

En concordancia, Edgardo A. Donna, en su obra Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II B, págs. 152 y sgtes. recordó que "los motivos que se tuvieron para agravar el robo, no necesitan ninguna explicación, y comprenden todas las lesiones graves y no sólo algunas. Esta calificante, a diferencia de la del artículo 165 del



Código Penal –sostiene Núñez- no habla de causar, sino que las lesiones deben resultar con motivo u ocasión del robo, esto es, que contiene una referencia directa a la violencia. Las lesiones graves o gravísimas califican al robo, cuando han sido causadas por las violencias para realizarlo, con lo cual se excluyen de la agravante, y concurrirán con el robo todas las lesiones que no procedan estrictamente de las violencias llevadas a cabo por el autor en los límites dispuestos por el artículo 164. En otras palabras –continúa el autor citado- las violencias causantes de la lesión pueden ser ejercidas por el ladrón en cualquiera de los momentos y con los fines a que se refiere el artículo 164, pues todas ellas son violencias que realizan el robo. Debe existir una relación de conexidad entre el ejercicio de la violencia y la causación de la lesión. Esta agravante concurre tanto si las lesiones han sido antes, durante o después de cometido el robo, en tanto la violencia tenga los fines a los que se refiere el artículo 164”. Sebastián Soler, en su obra Derecho Penal Argentino, Tomo IV, pág. 292 y sgtes., comparte la postura hasta aquí sostenida al decir ‘el art. 166 no solamente resulta aplicable cuando las lesiones son directamente inferidas para robar, sino siempre que sean sencillamente el producto de la violencia empleada contra las personas, en cualquiera de los momentos en que la violencia resulta constitutiva de robo. No es necesario que se andolosas; basta que sean preterintencionales, es decir, objetivamente causadas y subjetivamente previsibles...’.

Tal como sostuvo el tribunal, se encuentra acreditado más allá de toda duda razonable que a fin de concretar su propósito, _____ Franco ejerció violencia sobre la damnificada, la cual se materializó en el golpe de puño que asestó en su rostro, y en el forcejeo posterior. Ello permite encuadrar el hecho, en primer término, en el delito de robo (art. 164 del Código Penal).

El apoderamiento ilegítimo sólo alcanzó el grado de conato, pues, debido a la resistencia opuesta por la damnificada, y la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

inmediata intervención de otros comerciantes y de personal policial, la imputada no logró la libre disposición de lo sustraído.

Sin embargo, conforme se estableció precedentemente, la violencia ejercida por Franco, ocasionó a la víctima lesiones de carácter grave, por lo que el proceder endilgado, a mi modo de ver, se encuentra atrapado en el art. 92 del C.P. que a su vez reenvía en lo que aquí interesa, al art. 80, inc. 7, del mismo ordenamiento legal.

Consecuentemente, el hecho “sub examine” se subsume en los tipos de lesiones graves “*criminis causa*” en concurso ideal con robo en grado de tentativa, pues resulta claro a criterio del suscripto que la conducta de la imputada, tal como ha sido descripta por el *a quo*, debe ser considerada como una sola acción, y coincide con el tipo objetivo de ambas figuras, las cuales concurren simultáneamente a la valoración penal del hecho, y sólo en su conjunto agotan su contenido de injusto en todo sentido (conf. Welzel, Hans, “Derecho Penal Alemán”, pág. 317, parágrafo 30, Editorial Jurídica de Chile, 1976).

Sentado ello, debe decirse ahora que si las violencias ejercidas para cometer el robo no hubiesen causado alguna lesión subsumible en el artículo 90 del Código Penal, ninguna duda cabría de que se trata el caso de un robo en grado de tentativa, pues no se consumó el apoderamiento ilegítimo propuesto.

Sin embargo, ante la clara causación de lesiones graves por el despliegue de violencia que ejerció la imputada sobre la víctima para consumar el robo, debo abordar ahora los motivos por los cuales considero que la calificación adecuada es la ya propuesta (esto es, concurso ideal entre robo en grado de tentativa y lesiones graves “*criminis causa*”), en lugar de aquella prevista en el artículo 166, inciso 1°, del Código Penal, que establece una pena de cinco a quince años de reclusión o prisión, “si por las violencias ejercidas para realizar el robo, se causare alguna de las lesiones previstas en los artículos 90 y 91”, figura que fue aplicada por el tribunal “*a quo*”.



Tal como lo sostuve oportunamente como integrante del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n°1, junto con mi estimado colega, Dr. Martín Vázquez Acuña, considero que la figura del artículo 166, inciso 1°, del Código Penal, constituye un delito complejo en el sentido de que construye la descripción de la acción típica teniendo en cuenta que una misma acción afecta al menos dos bienes jurídicos a la vez.

En efecto, se trata aquí de un caso en el que los actos dirigidos al apoderamiento ilegítimo vulneran el bien jurídico “propiedad”, mientras que la violencia empleada para facilitar el apoderamiento, para ejecutarlo o para procurar la impunidad cuando el hecho todavía no esté consumado, afecta a los bienes jurídicos “libertad”, y “salud e integridad corporal”.

De tal suerte, el injusto alcanzado por esa figura responde de manera unitaria a la ilicitud de todas esas afectaciones a diversos bienes jurídicos. No cabe duda, entonces, de que se trata de un delito complejo como ya se anticipó. Así considerado el tipo en análisis, esta figura absorbe o expresa en una sola escala penal (“cinco a quince años de reclusión o prisión”), el disvalor de todas las afectaciones jurídicas involucradas.

La interpretación de dicho tipo penal que da valor decisivo para la subsunción en él de un comportamiento como el acreditado en autos, a la consumación de las lesiones, con indiferencia de la consumación del apoderamiento –tal como lo sostuvo el *a quo*-, prescinde del sistema general que en relación a la tentativa han construido los artículos 42 y 44 del Código Penal, que consiste en una disminución obligatoria de la escala penal aplicable para el delito que no se ha consumado, esto es, aquella acción en la cual sí se ha verificado una conducta contraria a la norma –disvalor de acción-, pero no se verificó un disvalor de resultado.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

En efecto, la inteligencia de la figura que aquí descarto lleva a la pérdida de la adecuada consideración de su calidad de delito complejo, pues si el tipo se entiende realizado aun cuando no se consume el robo, ya no importa, para esa concepción, el disvalor del robo consumado.

En tal sentido, no debe perderse de vista que el delito complejo en análisis toma en cuenta la especial reprochabilidad –o disvalor-, del móvil de las lesiones.

Lo especialmente disvalioso, y por ende merecedor de mayor pena para el legislador, es que, para ejecutar un apoderamiento de cosa ajena se elige dañar gravemente la integridad corporal o la salud.

Si se aceptase que con un robo meramente tentado se pudiese realizar la acción del artículo en comentario, se estaría pasando por alto que, si lo sustancial del reproche son las lesiones, y el móvil que las guía, un apoderamiento ilegítimo, lo correcto sería que la descripción típica del artículo 166, inciso 1º, se hubiese ubicado en el Código Penal como una forma de agravación de las lesiones, y no como una forma de agravación del robo.

De hecho, tal sistema es el que ha seguido nuestro legislador cuando incriminó de manera agravada las lesiones que se cometen dolosamente guiadas por móviles especialmente disvalorados (art. 92 y su remisión al artículo 80, en especial, en lo que aquí interesa, incisos 3º, 4º, 7º y 12º).

De modo que nada hubiese obstado a que el legislador hubiese establecido en el capítulo de las lesiones una regla diferenciada para las lesiones conexas finalmente con un robo. Y al no haberlo hecho, debe interpretarse el tipo penal en cuestión conforme a una adecuada sistemática que posibilite ubicar a todos los objetos a considerar de modo armonioso y coherente.



Resulta evidente que el legislador ha querido considerar el disvalor de la figura de referencia como el disvalor de un robo calificado.

De allí que debe entenderse que el delito complejo del artículo 166, inciso 1º, expresa en una escala penal única el disvalor de un robo consumado y de las lesiones causadas por las violencias ejercidas para realizarlo.

Desde ese punto de vista, sólo si se han consumado el robo y las lesiones graves o gravísimas, se reúnen en su integridad los aspectos objetivos de tal tipo complejo, y queda desplazada por las reglas del concurso aparente (relación de especialidad), la aplicación de la calificación de lesiones graves “*criminis causa*” en concurso ideal con robo.

En esa inteligencia, la expresión utilizada por la ley (“violencias ejercidas **para realizar** el robo”), sólo posibilita la interpretación aquí propuesta, desde que por “realizar” se entiende “efectuar, llevar a cabo algo o ejercitar una acción” (conf. Diccionario de la Lengua Española, edición vigésima primera, pág. 1229) de modo que una adecuada exégesis gramatical del tipo, lleva a requerir, para su aplicación, que el robo, en definitiva se haya concretado, efectuado o llevado a cabo, o lo que es lo mismo, “realizado”, o “consumado”.

Tal forma de razonar no es, según lo entiendo, extraña al sistema general establecido por el legislador, que al momento de describir los comportamientos que entendió debían ser penados lo hizo, en lo que aquí interesa, de forma tal que la escala penal prevista para ellos lo será sólo en la medida en que, efectivamente, un ser humano “matase a otro”, o se “apoderase ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena”, entre muchas otras de las descripciones contenidas en la ley penal.

Empero, si no se concretase, realizase o, en definitiva, “consumase” el comportamiento descrito en el tipo penal (para el





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

caso, si no se “realizase el robo”), ello no conducirá a la impunidad sino que será posible, aún, la aplicación de las reglas generales atinentes a la tentativa (arts. 42 y ccdtes.).

Por ello, si no se ha consumado el robo, no se ha satisfecho uno de los elementos del tipo complejo o especial, por lo cual, según las reglas usualmente aceptadas, si fracasa la aplicación del tipo especial (art. 166, 1º, CP, que para el caso, lo es tanto del robo como, en forma conjunta, respecto de las lesiones graves o gravísimas), es aplicable entonces el tipo genérico.

Tal el caso de autos, en el cual, por no haberse consumado el robo, como ya se explicó, no resulta aplicable la figura prevista en el artículo en cuestión, y el hecho encuentra su adecuada subsunción típica en la ya mencionada por el suscripto, esto es, robo en grado de tentativa en concurso ideal con lesiones graves calificadas “*criminis causa*”.

La interpretación propuesta, por último, reduce razonablemente con arreglo a las disposiciones del art. 44, CP, la escala penal prevista para el art. 166, inc. 1º, ibídem, que con un mínimo de cinco años de pena privativa de libertad, si se entendiese que rige tanto para el supuesto de robo tentado como consumado, no posibilita considerar de distinta forma hechos que para el legislador, por su distinto grado de desarrollo dentro del denominado “*iter criminis*”, merecen, en consecuencia, diferentes respuestas punitivas.

b.3. La verificación de los extremos del art. 41 quater, CP.

Finalmente, en lo atinente a la aplicación al caso de lo previsto en el art. 41 quater del Código sustantivo, ha de reproducirse, en primer lugar, lo dicho al respecto por el “*a quo*”:

“...Corresponde además imponerle a FRANCO las previsiones del art. 41 quater desde que no podía desconocer la condición de menor de edad de _____ por tratarse de su propio hijo; su edad está debidamente acreditada mediante el Documento Nacional



de Identidad obrante a fs. 38 -8 años al momento del hecho-, y el aprovechamiento del menor durante el episodio queda a todas luces evidenciado cuando se valió de él para el apoderamiento en sí, tanto que fue del pantalón que éste vestía de donde se incautaron las veinticinco tarjetas telefónicas, amén que no pasa desapercibida la circunstancia que un niño de tan corta edad sólo obedece las órdenes impartidas de su madre. Es decir, que incluso desde la interpretación sostenida por la Sra. Fiscal General, que esta Vocal comparte plenamente –mas no sus conclusiones-, se han visto satisfechos los requisitos de la agravante genérica prevista por el art. 41 quater del Código Penal.

Ello así pues FRANCO descargó responsabilidad en su hijo menor que la acompañaba del que finalmente se valió para la comisión del delito, tan es así que el “botín” fue secuestrado en poder de este último. En este sentido, se ha sostenido que “... la finalidad que tuvo el legislador al introducirla, no fue la mera intervención de un menor en el hecho grupal, sino que tuviera por objeto descargar la responsabilidad en él. Tal circunstancia tendrá que ser acreditada en cada caso, pero en especial en referencia al tipo subjetivo, por tratarse de un especial elemento subjetivo distinto al dolo” (CNCC Sala I “UMAÑO, Héctor Abel” causa 22.346 rta. 15/12/2003, “ALVAREZ, Mariano” causa 23.368 rta. 6/5/2004, “DOMINGUEZ CHAVEZ, Denis” causa 25.690 rta. 29/3/2005; “Cufre Jorge” rta. 15/12/2003, y “Villodres Daniel Esteban” c.n. 7819 del Tribunal Oral de Menores nro. 3, rta. el 29/4/2015).

Desde el aspecto subjetivo las probanzas analizadas ut supra llevan a concluir sin hesitación que FRANCO actuó con dolo de lesionar para lograr dicho objetivo –sustracción-, tal conducta como se sostuviera precedentemente queda comprendida por el art. 166, inc. 1 del C.P. La posibilidad de desdoblar ese accionar y pretender abarcarlo en un concurso de delitos no resulta viable, desde que, como se concluyera, el designio delictivo de la encausada estuvo





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

encaminado siempre al desapoderamiento, no se advierte la escisión de su voluntad respecto de los distintos bienes jurídicos atacados – propiedad e integridad corporal-, ya que la conexión entre ambas agresiones resulta evidente. Asimismo, la intervención de su hijo _____ de ocho años quedó comprendida por ese dolo y por las ventajas que sopesó la imputada ante la posibilidad de descargar su responsabilidad en un menor de edad, con lo cual puede afirmarse que también obró con conocimiento y voluntad de este aspecto del precepto legal previsto en el art. 41 quater del Código Pena...l” -la cursiva se agrega-

Los Dres. Bértola y Real, por su parte, manifestaron: *“Que adherían en un todo y por sus fundamentos al voto de la Dra. Cantisani, sin perjuicio de recordar la postura mayoritaria al compartir lo sustentado por la Sala I de la Cámara de Casación en un reciente fallo donde se pone de resalto que ‘de la interpretación literal de la norma surge claramente que, para agravar la pena a imponer, el único requisito exigido es la comprobación de que en el suceso delictivo haya intervenido un menor de dieciocho años de edad, sin necesidad –tal como lo pretende la asistencia técnica de demostrar la intencionalidad por parte del mayor en incluir al menor, pues si ese hubiese sido la intención del legislador, así lo hubiese plasmado, razonamiento que se corresponde con el principio que establece que la imprevisión no se presume en el legislador’ (causa N° 14.304 ‘Vélez, Diego David y otros s/recurso de casación’, rta. 25/6/2012). En similar sentido la misma Sala se ha expedido en la causa n° 6587 caratulada ‘Silva, Gabriela Natalia Anabel s/recurso de casación’ (reg. 8517, del 16/2/06), al señalar que ‘la norma en estudio no requiere ningún ánimo subjetivo por parte de la persona mayor de 18 años de edad, que tenga por finalidad un aprovechamiento respecto de la intervención del menor en el hecho, encuentra eco positivo no sólo del examen literal de la norma bajo estudio, sino también de los pasajes del debate parlamentario, desde*



que de ambas fuentes emerge, que es la mera intervención de un menor de edad en un determinado hecho delictivo el que habilita la aplicación de la agravante en cabeza del mayor que lo acompañaba. De ello se sigue, entonces, que al efecto de su imposición no resulta relevante que se acredite un dolo específico por parte de quien sea mayor de edad' (confr. en este sentido, Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, causa N° 5450, reg. N° 7270, 'Umaño, Héctor Abel s/rec. de casación', rta. el 20 de diciembre de 2004; esta Sala, causa N° 6411, 8231, 'Veliz Herrera, Jorge Luis s/rec. de casación', rta. el 3 de noviembre de 2005)'. Por otro lado, la Sala II en la causa 'Umaño', y a través del voto del doctor Madueño afirmó que 'el precepto bajo análisis se satisface por la sola circunstancia debidamente acreditada de que un menor tome parte en el hecho, sin que a tales fines resulte relevante la intencionalidad del coimputado mayor de descargar en el menor su responsabilidad penal; ello, por cuanto el texto legal no hace referencia alguna ni puede inferirse válidamente del verbo típico seleccionado por el legislador acerca de la necesidad de que se acredite un dolo específico por parte del agente mayor de edad...' -la cursiva se agrega- (fs. 281vta./282).

Como se aprecia, el agravio traído por la defensa en cuanto a este aspecto resulta una reedición de los argumentos esgrimidos durante su alegato, los cuales fueron fundada y razonablemente atendidos por el tribunal en la sentencia.

En ese sentido, la defensa no ha expresado en su recurso los motivos por los cuales no debería aplicarse en el *sub lite* la calificante prevista por el art. 41 *quater* del Código Penal, lo que imposibilita el tratamiento de tal cuestión.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la aplicación de dicha agravante fue debidamente fundada por los sentenciantes, debiéndose destacar al respecto que la argumentación vertida sobre el punto por la mayoría conformada por los votos de los Sres. Jueces Bértola y Real se encuentra en línea con aquella que el suscripto ha sostenido en el





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

precedente “López” (reg. n°1014/2017, rta.: 18/10/17, considerando VII, voto del juez Huarte Petite), cuyos fundamentos cabe dar por reproducidos en beneficio a la brevedad.

Por todo lo expuesto hasta aquí, corresponde casar en cuanto a este punto la sentencia impugnada, y calificar el hecho que se tuvo por probado como robo en grado de tentativa, en concurso ideal con lesiones graves calificadas “*criminis causa*”, agravado por la intervención de un menor de dieciocho años de edad (artículos 456, inc. 1°, y 470 del Código Procesal Penal de la Nación, y 41 quáter, 42, 45, 54, 80, inciso 7°, 90, 92 y 164 del Código Penal).

Finalmente, cabe aclarar que lo aquí resuelto torna abstracto el planteo de prescripción de la acción penal efectuado por la defensa en el término de oficina, en tanto tal como ella misma explicó, éste dependía para su procedencia de que se aplicara al *sub examine* la calificación de robo simple en grado de tentativa, lo cual resulta determinante para que no se deba señalar nada más al respecto.

c) Sanción penal.

Atento al cambio de calificación propuesto, y la consecuente reducción de la escala penal a considerar, que ahora va desde los cuatro hasta los trece años y cuatro meses de pena privativa de libertad, considero razonable reducir la sanción impuesta a _____ Franco y fijarla en cuatro años de prisión.

Se estima innecesaria la realización de la audiencia prevista en el art. 41 CP, pues se cuenta con el acta de fs. 261/65 donde se plasmó lo expresado por la acusada durante la audiencia de debate en cuanto a sus circunstancias personales y del grupo familiar.

Dichos aspectos fueron valorados por el tribunal de mérito, quien por otra parte no tuvo en cuenta circunstancia agravante alguna en su juicio de mensuración, todo lo cual, permite considerar tal respuesta punitiva como la ajustada para el caso, que representa a su vez el mínimo de la escala penal aplicable conforme a la calificación



aquí propugnada, y que, en tal sentido, también coincide con la pena impuesta por el “a quo”, que consistió en el mínimo legal según el marco penal derivado de la subsunción por él escogida.

En ese orden de ideas, la disminución propuesta responde únicamente a la sustancial variación de la escala, como se dijo, que impone un reexamen de la situación a partir de la determinación legislativa de fijar para el delito por el que será finalmente condenada Franco, montos mínimos y máximos apreciablemente menores.

V. En virtud de todo lo expresado, es que propongo al acuerdo I) Declarar inadmisibile el planteo de inconstitucionalidad del artículo 401 del Código Procesal Penal de la Nación y la consecuente invalidez de la sentencia dictada en autos efectuado por la defensa; II) Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto, sin costas en esta instancia, casar parcialmente la sentencia recurrida, modificar la calificación legal del hecho por el que recayó condena en autos contra _____ Franco, el cual resulta constitutivo del delito de robo en grado de tentativa, en concurso ideal con lesiones graves calificadas “*criminis causa*”, agravado por la intervención de un menor de dieciocho años de edad, y reducir la pena impuesta, la que se fija en cuatro años de prisión, manteniendo las accesorias legales y costas impuestas en la instancia anterior (artículos 40, 41, 41 quáter, 42, 45, 54, 80, inciso 7°, 90, 92 y 164 del Código Penal, y 456, inc. 1°, y 470 del Código Procesal Penal de la Nación); III). Rechazar, en lo restante, el recurso interpuesto, sin costas en esta instancia (artículos 470, 471, ambos *a contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Pablo Jantus dijo:

a. Disiento con la interpretación que efectúa mi estimado colega del art. 401 CPPN, pues a mi modo de ver si el tribunal falla más allá de la pretensión del titular de la acción penal se constituye un





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

supuesto de *plus petita* que conspira contra la estructura acusatoria del sistema de enjuiciamiento.

He sostenido en los casos “Roda” del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 de esta Ciudad (causa n° 3652, resuelta el 18/11/11) y “Sirota” de esta Sala (Reg. n° 540/2015), que la adecuación del hecho a una figura legal más grave que la seleccionada por la acusación – implique o no una modificación del suceso– compromete seriamente el rol del juez como tercero imparcial en el proceso, con lo que he concluido que el principio *iuria novit curia* contenido en la regla cuestionada no puede ser aplicado en contra del acusado.

La pretensión del fiscal constituye el límite del poder jurisdiccional, por lo que una decisión de esa índole vulnera irremediablemente el derecho fundamental a la defensa en juicio, en cualquiera de los dos supuestos. Es que tanto que la exigencia de que los hechos queden inalterados, como la garantía de que la decisión del tribunal quedará limitada por las cuestiones introducidas por las partes, aseguran al imputado que la resolución que se adopte se ceñirá a esos parámetros, conformándose así reglas claras de juego en virtud de las que no resulte necesario especular con todas las variaciones que podrá idear el juez en su contra.

La tarea de la defensa es resistir el embate de la acusación, para que el juez como tercero imparcial dirima la contienda. Ha sostenido la CSJN en el caso “Quiroga” (resuelto el 23/12/04) que ni el fiscal puede juzgar ni el juez acusar, y que –si bien ese caso se encontraba en la etapa de instrucción– el imputado debe defenderse de quien lo acusa y no de quien decide.

Este sistema se estructura en función de lo establecido en el art. 14.1 PIDCyP (de jerarquía constitucional, art. 75 inciso 22 CN), y en ese sentido es muy clara la Observación General n° 32 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que lo interpreta y remarca los valores de presunción de inocencia, igualdad, asunción de la carga



de la prueba por parte de la acusación e imparcialidad del juzgador (particularmente, párrafos 13, 21 y 30); todo ello implica una clara separación entre las funciones requirentes y decisorias.

En este sentido son pertinentes –aunque no se reproduzcan por cuestiones de brevedad, pues lo he hecho en los casos citados al comienzo de este voto– las consideraciones que efectúan Oscar Albrieu (*Esplendor y ocaso del iura curia novit*, en new.pensamientopenal.com.ar/01102009/cuadernos01.pdf); Ángela Ledesma (*¿Es constitucional la aplicación del brocardo iura novit curia?*, en *Estudios sobre Justicia Penal*, Del Puerto, Bs. As., 2005, p. 357 –sostiene que este principio reconoce un límite infranqueable en la inviolabilidad de la defensa en juicio, toda vez que parece un contrasentido que variar la plataforma fáctica intimada al imputado constituya un acto irregular insalvable, y que no lo sea el apartamiento de las consecuencias jurídicas que constituyeron el objeto del proceso sin que éstas hayan sido refutadas por el sujeto al que habrán de aplicar–) y los jueces Zaffaroni y Lorenzetti en el fallo “Amodio” aludido en el voto que abre el acuerdo.

En este caso, la Fiscalía optó en su alegato por una interpretación posible de las normas pertinentes y dio razones por las que propiciaba tal encuadre jurídico y descartaba la aplicación de los arts. 41 *quater* y 166 inciso 1 CP, e incluso la consumación del ilícito; y el Tribunal –que tiene la función de velar por el cumplimiento del principio de legalidad, verificando que las postulaciones no sean arbitrarias y estén sujetas a la ley– no efectuó observación alguna, con lo que es claro que no podían los colegas ir más allá de la acusación, supliendo su actividad por un criterio diferente o por no estar de acuerdo con sus alcances, y aplicando una consecuencia jurídica más grave, sin ninguna discusión previa.

Entonces, considerando el criterio constante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de conformidad con el cual la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia, y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la *última ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (conf. doctrina de Fallos: 319:3148; 328:4542; 329:5567; 330:855; 331:2799, 340:669, entre muchos otros), corresponde asignar tal alcance al precepto cuestionado.

b. Con relación a la crítica de la defensa efectuada en el término de oficina –relativa a la aplicación del art. 90 CP–, cabe establecer en primer lugar y en punto a su interpretación que uno de los supuestos allí contenidos se refiere a la *debilitación permanente de un órgano*.

La *debilitación* supone la permanencia de la función pero disminuida en relación a su capacidad de acción o de resistencia anterior al hecho, de un grado tal que el nuevo estado funcional cumpla deficientemente la tarea que antes desarrollaba; la *permanencia* no equivale a perpetuidad sino a una duración persistente, esto es, que dure largo tiempo; el *órgano* se refiere al sentido funcional, es el que desempeña una función y todo daño en su estructura material lo es si debilita la función, lo que debe ser materia de dictamen pericial (v. Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, T. III. 3ª edición, 8ª reimpresión, Tea, Bs. As. 1978, pp. 118/120, y Ricardo C. Núñez, *Derecho Penal Argentino*, T. III, Editorial Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1961, pp. 203/207).

Con relación al caso que nos ocupa, explica Soler que un diente no es en sí mismo un órgano, sino parte del aparato de la masticación, con lo que la pérdida de una parte de un aparato funcional generalmente importa debilitamiento de la función; es cuestión de hecho determinarlo (ob. cit., pp. 120/121; en sentido análogo,



Edgardo A. Donna, *Derecho Penal, parte especial* T. I, 4ª edición actualizada y reestructurada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 318).

En consecuencia, la norma resultaría aplicable si se tiene en consideración que la peritación informó que la lesión importó un *daño de importancia grave del aparato masticatorio* de la víctima.

Sin embargo, si bien dicho estudio estableció que *la movilidad grado 4 que presentan los incisivos centrales superiores derecho e izquierdo es compatible con golpe con o contra objeto duro o semi duro*, la víctima explicó que los dientes se le aflojaron producto de la lesión y luego se le cayeron, con específica alusión a que *no puedo aseverar que es producto del golpe o de la edad, yo tenía un diente más flojo y el otro no*. Todo esto fue relevado por la fiscalía, que sin perjuicio de la calificación legal que finalmente propició, señaló que *no podemos sostener fehacientemente que la pérdida se deba al golpe recibido*.

En razón de lo expuesto, de las consideraciones efectuadas previamente acerca de los alcances de la pretensión del representante del Ministerio Público Fiscal, de los argumentos expuestos por el recurrente en su presentación ante esta Cámara y por aplicación del principio contenido en el art. 3 CPPN, corresponde calificar el hecho por el que recayó condena en este proceso respecto de _____ Franco como constitutivo de los delitos de tentativa de robo y lesiones leves, en concurso ideal (arts. 42, 54, 89 y 164 CP).

c. En función de todo ello, de la escala legal aplicable al caso y del tiempo transcurrido entre la citación de las partes a juicio (13/11/2009, fs. 113) y el dictado de la sentencia condenatoria (6/9/16, fs. 266 –sin que se verificara la interrupción del plazo por la comisión de otro delito (ver certificado de antecedentes de fs. 260)–, corresponde declarar extinguida la acción penal por prescripción y sobreseer a la imputada; sin costas (arts. 470, 471, 530 y 531 CPPN).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

Por lo demás advierto a que idéntica conclusión corresponde arribar si se tiene en cuenta el encuadre jurídico propuesto por el representante del Ministerio Público Fiscal en la etapa final del debate.

El juez Mario Magariños dijo:

-I-

En primer término, corresponde analizar el agravio dirigido a cuestionar el carácter grave de las lesiones constatadas, el cual, de conformidad con lo señalado por el juez Huarte Petite, implica revisar la fijación de los hechos efectuada por el *a quo*, así como el alcance que el tribunal le asignó a la figura contenida en el artículo 90 del Código Penal.

Pues bien, de la lectura de la decisión recurrida, se advierte que el tribunal oral omitió proporcionar fundamento suficiente acerca de las razones por las cuales aplicó al caso la calificación de lesiones graves.

En este sentido, se observa que, mientras la representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo en su alegato que no podía afirmarse, de manera fehaciente, que la pérdida de las piezas dentarias se debiese al golpe ejecutado por la acusada, a pesar de lo cual destacó que surgía del informe médico que la curación iba a ser mayor a los treinta días y propuso calificar a las lesiones como graves, el tribunal oral, al establecer el hecho que tuvo por probado, indicó que la imputada propinó “una trompada en su labio superior que le provocara además de un sangrado que no necesitó sutura, la movilidad y futura remoción de sus dos incisivos centrales superiores” (fs. 275) y, en el apartado referido al significado jurídico del hecho acreditado, los magistrados se limitaron a sostener que las lesiones “según informe médico agregado a fs. 85/89 resultarían de carácter grave, ya que implicó necesariamente la remoción de ambas piezas dentarias



-incisivos superiores centrales- y su posterior reemplazo” (fs. 277) [sic].

De ese modo, más allá de mencionar genéricamente el extremo relativo a la remoción de las piezas dentarias, el *a quo* no desarrolló adecuadamente los motivos por los cuales correspondía atribuir esa circunstancia a la señora Franco (frente a la existencia de elementos de juicio que indicaban la posibilidad de preexistencia de movilidad dentaria), como tampoco explicó de qué modo esa sola circunstancia, resultaba jurídicamente relevante a fin de encuadrar el comportamiento que tuvo por acreditado en la figura elegida.

En otros términos, no se encuentra adecuadamente determinado el sustrato fáctico relevante ni la variante típica —de entre las múltiples contenidas en el artículo 90 del ordenamiento de fondo— en virtud de la cual, en el caso bajo examen, el comportamiento podría subsumirse en esa norma.

Por consiguiente, en la sentencia impugnada no se individualiza qué elementos fácticos configuran el tipo penal seleccionado y, a su vez, se omite corroborar si todos y cada uno de ellos concurren en el caso, razón por la cual corresponde dejar sin efecto la aplicación de la figura prevista en el artículo 166, inciso 1º, del Código Penal.

-II-

En lo referido a los restantes tramos de la sentencia impugnada, se observa que la tarea de reconstrucción fáctica del suceso, también respecto de lo que no constituyó materia de agravio, fue llevada adelante por el *a quo* de modo ajustado a los parámetros normativos de valoración probatoria que han sido considerados por esta cámara en los precedentes “Cajal” —reg. n° 351/2015— y “Meglioli” —reg. n° 911/2016— (ver los votos del juez Magariños).

-III-

En punto al planteo de inconstitucionalidad de la norma prevista en el artículo 401 del Código Procesal Penal de la Nación,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

adhiero al voto del juez Huarte Petite, pues coincido en que la presentación carece de un requisito fundamental de admisibilidad.

En este sentido, más allá de que lo articulado se orienta a cuestionar la compatibilidad de la norma mencionada con distintas disposiciones de la Constitución Nacional y de tratados internacionales que poseen la misma jerarquía de aquellos, lo cierto es que para la procedencia del examen de una cuestión constitucional de esta índole se exige, entre otros requisitos, la demostración de una relación directa e inmediata con la materia del juicio, pues así lo requiere el artículo 15 de la ley 48, de conformidad con lo expuesto por el colega preopinante.

Sobre ese marco, se advierte que el recurrente no ha cumplido adecuadamente con la demostración de la existencia de una cuestión de carácter federal, ni con las exigencias propias de la articulación de un planteo de tales características.

Fundamentalmente, ello es así porque, con relación al argumento basado en que se encontraría constitucionalmente vedada la posibilidad de que un órgano jurisdiccional, al momento de dictar sentencia, seleccione una calificación jurídica más gravosa que la propuesta por el representante del Ministerio Público Fiscal en su alegato, el impugnante no se ha ocupado siquiera mínimamente de considerar —y, por consiguiente, refutar— los argumentos desarrollados sobre el tópico en el precedente “Ullua” —registro n° 605/2016 (ver el voto del juez Magariños)—, al cual cabe remitirse en honor a la brevedad, donde fueron explicadas las razones por las cuales la función de interpretación, selección y aplicación de la ley penal, no incumbe, desde la perspectiva institucional, a ningún otro sujeto procesal distinto del juez.

Ello, sin perjuicio de que la decisión acerca de las normas penales aplicables frente a un conflicto, debe sin duda orientarse y armonizar con el derecho fundamental de defensa (artículo 18 de la



Constitución Nacional), de modo tal que el ejercicio de aquella función jurisdiccional no comprende, claro está, ni la alteración o modificación de los hechos atribuidos por la acusación, ni abarca cambios imprevisibles de la calificación jurídica que importen un desbaratamiento o desarticulación de la estrategia de defensa, esto en razón de la exigencia derivada de la regla de contradicción que impone la efectiva posibilidad de responder a la significación jurídica de los hechos imputados.

Por esas razones, corresponde declarar inadmisibile el planteo de inconstitucionalidad introducido por la defensa (artículos 444, segundo párrafo, y 474 del Código Procesal Penal de la Nación, y artículos 14 y 15 de la ley 48).

-IV-

Establecido ello, y en virtud de lo dispuesto en el considerando I, corresponde determinar cuál es la calificación jurídica aplicable al caso.

Descartada la posibilidad de considerar adecuadamente acreditados los extremos fácticos necesarios para afirmar la existencia de lesiones de carácter grave, y en consecuencia, descartada la aplicación de la figura del artículo 166, inciso 1º, del Código Penal de conformidad con lo expuesto en el acápite I, corresponde calificar el comportamiento acreditado como tentativa de robo agravado por la intervención de un menor de dieciocho años (artículos 41 *quater*, 42 y 164 del Código Penal).

En efecto, la conducta de la señora Franco importó un intento de apoderamiento, que no llegó a consumarse en tanto la nombrada no logró tener un efectivo poder de disposición sobre los bienes sustraídos (conf. precedente “Cufre y Barreiro”, reg. nº 540/2016 — ver el voto del juez Magariños—), lo cual fue expuesto por el tribunal oral al señalar que la detención se produjo en la misma vereda del





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

local comercial, sin que en momento alguno se los perdiera de vista (fs. 277vta.).

Ahora bien, en el marco de ese intento de apoderamiento, se tuvo por correctamente acreditado que la acusada ejerció violencia física contra la señora Demarchi, una vez que ella la increpara al advertir el comportamiento del menor, de manera que ese ejercicio de violencia se desplegó mientras aún se estaba ejecutando la acción de apoderamiento, circunstancia que torna aplicable el artículo 164 del Código Penal.

Así, el empleo de la figura de robo desplaza al tipo penal de lesiones leves —contenido en el artículo 89 del citado cuerpo legal—, pues el disvalor del primer tipo penal contiene, a su vez, el de aquel propio de las lesiones leves acreditadas, producto de la violencia ejercida en el marco del apoderamiento.

Asimismo, de conformidad con lo señalado en el precedente “Villodres” de esta Cámara —reg. n° 592/16 (ver el voto del juez Magariños)—, corresponde confirmar la subsunción del comportamiento, que adecuadamente se tuvo por acreditado, en el artículo 41 *quater* del Código Penal.

En esa oportunidad, sostuve que el fundamento del incremento del monto de pena está previsto para aquellos supuestos en los cuales el mayor de edad, para la ejecución del hecho ilícito, se vale de un menor de edad como un instrumento de la realización. En esta línea, se precisó que, en el caso de menores de dieciseis años, la aplicación de la agravante resulta ineludible, pues estos son, por definición legal, inimputables (art. 1° de la ley n° 22.278) y, por consiguiente, su instrumentalización en la ejecución del hecho por parte del adulto - autor deriva de modo directo del empleo de un menor inimputable para la comisión.

En esta dirección, se aprecia que el tribunal oral, respecto de esta calificante, expuso las razones que lo llevaron a considerarla



aplicable al caso y, en ese marco, destacó la corta edad del menor — ocho años al momento del hecho—y la influencia de este extremo en su actuación, que no puede responder a los designios de su propia voluntad.

-V-

En virtud de lo expuesto, la escala punitiva del delito por el cual la señora Franco debe responder penalmente asciende en su máximo a los cinco años y cuatro meses. En razón de los plazos transcurridos entre la citación de las partes a juicio y el dictado de la sentencia de condena por parte del *a quo*, sin que se produjeran actos interruptivos, de acuerdo con lo expuesto en el apartado “c” del voto del colega Jantus, coincido en que corresponde declarar extinguida la acción penal emergente respecto del delito de tentativa de robo agravada por la intervención de un menor y absolver a _____ Franco.

A ello cabe agregar, a modo de *obiter dictum*, que, tal, como también advierte el colega Jantus en su voto, a la misma solución correspondería arribar, en punto a la extinción de la acción penal por prescripción, si el asunto es analizado de acuerdo a la calificación jurídica propuesta por la representante del Ministerio Público Fiscal al formular su alegato luego de finalizado el debate oral y público.

-VI-

En definitiva, corresponde: I) **DECLARAR INADMISIBLE** el planteo de inconstitucionalidad introducido por la defensa (artículos 444, segundo párrafo, y 474 del Código Procesal Penal de la Nación, y artículos 14 y 15 de la ley 48); II) **DECLARAR EXTINGUIDA** la acción penal por prescripción y, en consecuencia, **ABSOLVER** a _____ Franco; sin costas (artículos 530 y 531 del cuerpo legal citado).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25901/2009/TO1/CNC1

En razón de lo resuelto en el punto dispositivo II, el tratamiento de los restantes agravios deviene inoficioso.

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) DECLARAR INADMISIBLE el planteo de inconstitucionalidad introducido por la defensa (artículos 444, segundo párrafo, y 474 del Código Procesal Penal de la Nación, y artículos 14 y 15 de la ley 48).

II) DECLARAR EXTINGUIDA la acción penal por prescripción y, en consecuencia, **ABSOLVER** a _____ Franco; sin costas (arts. 67 del Código Penal, y 336 inciso 1°, 530 y 531 del Código Procesal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia.

PABLO JANTUS

ALBERTO HUARTE PETITE

MARIO MAGARIÑOS

-en disidencia-

Ante mí:

GUIDO WAISBERG

SECRETARIO DE CAMARA

