



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

Reg. n° 2214/22

En la ciudad de Buenos Aires, en la fecha que surge de la constancia de firma electrónica inserta al pie, se constituye el tribunal integrado por los jueces D. Morin, Eugenio C. Sarrabayrouse y Horacio L. Días, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de J. L. Maldonado Fuertes en la presente causa n° CCC 37833/2020/TO1/CNC1, caratulada “**MALDONADO FUERTES, J. L. s/recurso de casación**”, de la que **RESULTA:**

I. Por veredicto del 1 de octubre 2020, el juez que integró en forma unipersonal el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 22 de esta ciudad resolvió, en lo que aquí interesa, lo siguiente: “***I. Condenar a J. L. Maldonado Fuertes, de las demás condiciones personales obrantes en el encabezamiento, a la pena de un año de prisión, por ser autor penalmente responsable del delito de hurto agravado por tratarse de vehículo dejado en la vía pública, en grado de tentativa; con costas (artículos 29, inciso 3ro, 42, 44, 45 y 163, inciso 6to, del Código Penal de la Nación y art. 530 del Código Procesal Penal). II. No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad de la defensa y, en consecuencia, declarar reincidente a J. L. Maldonado Fuertes (artículo 50 del Código Penal de la Nación) (...)***”

Los fundamentos de esa resolución fueron dados a conocer el día 8 de octubre de 2020.

II. Contra esa decisión, la Defensora Pública Coadyuvante a cargo de la Unidad de Actuación para Supuestos de Flagrancia nro. 32, Dra. Lina Rosato, a cargo de la asistencia técnica de J. L. Maldonado Fuertes, interpuso recurso de



casación, el que fue concedido por el tribunal oral y mantenido oportunamente en esta instancia.

III. La Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal otorgó al recurso presentado el trámite previsto en el art 465, del Código Procesal Penal de la Nación.

IV. Ya sorteada esta sala II, en el término de oficina, establecido en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466, CPPN, las partes no hicieron presentaciones.

V. El 4 de agosto de 2022 se hizo saber a las partes que, se concedía un plazo para la presentación de un memorial o para solicitar la realización de la audiencia del trámite ordinario establecida en el art. 465, CPPN. (Acordada 14/2021 de la CSJN y la Acordada 10/2021 de esta Cámara).

Frente a ese llamado, la defensa presentó un escrito en el que manifestó que se remitía en todo al recurso de casación interpuesto.

VI. Efectuada la deliberación establecida en el art. 469, CPPN, y la audiencia prevista en el art. 41, CP, el tribunal arribó a un acuerdo en los términos que a continuación se exponen.

Y CONSIDERANDO:

El juez Morin dijo:

1. El juez Ángel Gabriel Nardiello, que integró en forma unipersonal el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 22, tuvo por acreditado el hecho que a continuación se describe:

“...[E]l día 31 de agosto de 2020, alrededor de las 21:40 horas, en la avenida Brasil, entre las calles Santiago del Estero y Salta, J. L. Maldonado Fuertes intentó apoderarse ilegítimamente de una bicicleta tipo playera de color negro, propiedad de S. L. Zelaya.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

“En efecto, en las circunstancias mencionadas Zelaya, quien se desempeña como repartidor de comidas, dejó la bicicleta en la vereda de la avenida aludida para realizar una entrega, y en esos instantes, Maldonado Fuertes la tomó de manera sorpresiva y se dio a la fuga a bordo de ésta por la avenida Brasil, en dirección a Salta.

“Seguidamente, la víctima comenzó a correr detrás del acusado y lo persiguió por espacio de dos cuadras, hasta encontrarse con personal policial a bordo de una motocicleta reglamentaria, a quien se lo señaló como autor de la sustracción, indicándole hacia donde huía.

“Luego, el policía D. O. Piciana continuó la persecución en moto por Salta hasta llegar a la calle Enrique Finocchietto, donde le dio alcance y logró aprehenderlo, secuestrándole la bicicleta”

1.1. Para así decidir, valoró las declaraciones testimoniales de S. L. Zelaya -víctima-, del preventor D. O. Piciana, de A. Sánchez Torres, F. Maidana y M. Mostacero.

Además, ponderó la prueba incorporada por lectura al debate, a saber: acta de detención de fs. 3; acta de detención de fs. 5; croquis de fs. 8; fotografías de fs. 9 y 18/19; informe médico legista de fs. 21; informe social realizado en la dependencia policial; registro fílmico de la audiencia multipropósito del 2 de septiembre de 2020; la certificación de antecedentes penales del imputado y el informe socio ambiental de éste.

1.2. El hecho fue calificado como hurto agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa (arts. 42, 44, 45 y 163, inc. 6°, CP).

2. Bajo la aclaración de que no discutía la materialidad del hecho imputado, la defensa opuso los siguientes agravios en su recurso:



a. Arbitrariedad de la sentencia que consideró a Maldonado culpable del injusto imputado sin que existiera certeza suficiente acerca de su capacidad de culpabilidad al momento del hecho.

b. Errónea aplicación de la ley sustantiva al encuadrar el hecho en el tipo penal previsto en el art. 163, inc. 6°, CP, a través de una aplicación analógica *in malam partem* de la categoría “vehículo”, prevista en la norma citada.

c. Arbitrariedad en la fundamentación de la pena impuesta por los siguientes motivos: valoración de agravantes no invocadas por el Ministerio Público Fiscal; errónea justificación de la calidad de agravantes; ausencia de consideración real de las pautas atenuantes invocadas.

d. Errónea aplicación de la reincidencia por ausencia de los presupuestos objetivos exigibles. Inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50, CP.

Planteo relativo a la capacidad de culpabilidad de J.

L. Maldonado Fuertes

3. La recurrente alegó la inimputabilidad de J. L. Maldonado Fuertes en los términos del art. 34, inc. 1°, CP. Adujo que el nombrado se encontraba bajo un estado de intoxicación considerable debido a la ingesta excesiva de alcohol momentos antes del hecho, lo cual le habría impedido comprender la criminalidad del acto.

En esa línea, sostuvo que –a su juicio– se habían acreditado los presupuestos fácticos de la causal de inimputabilidad alegada; o que, en su defecto, existía una duda razonable acerca de su concurrencia, que debía ser resuelta en favor del acusado, ya que “*la falta de certeza sobre la inexistencia de los presupuestos de una causa de justificación, de inculpabilidad o de impunidad de existencia probable, según el caso, conduce a su afirmación*”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

Contra lo decidido por el *a quo*, dijo que, sin haberse alcanzado un grado de certeza sobre la cuestión discutida, el juzgador rechazó el planteo de esa parte mediante una arbitraria valoración de la prueba.

Además, apuntó que existían determinados indicios cuya valoración fue omitida, que permitían arribar a la conclusión de que Maldonado Fuertes había consumido una cantidad excesiva de alcohol.

De manera general, recordó lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en punto al deber del juez de contemplar seriamente la alternativa de inocencia, aun cuando se esté frente a un descargo que pudiera estimarse poco verosímil.

Asimismo, subrayó que no podía ponerse en cabeza del imputado la carga de la prueba de la existencia de una causa de inculpabilidad; por el contrario, dijo que bastaba con el cumplimiento del denominado “*deber de persuasión*”, lo que suponía “*...el aporte de algún indicio objetivo o alguna inferencia posible en base a ese indicio objetivo*”.

Sobre el marco teórico recién descripto, la impugnante recordó que ya en la audiencia inicial de flagrancia, el imputado había denunciado haber ingerido una excesiva cantidad de alcohol cuando se encontraba en el barrio de Constitución; y que no recordaba nada, excepto haberse encontrado con M. M. Mostacero –quien le pedía que regresara con ella a la casa de ambos–, algunos “*flashes*” de su ingreso a la comisaría y haber dormido en un patrullero.

La defensa recalcó que en esa audiencia –celebrada el 2 de septiembre de 2020– se solicitó la extracción de sangre y orina para analizar el dosaje de alcohol, medida que fue rechazada por el juez interviniente, en razón de que el hecho había ocurrido dos días atrás –31 de agosto de 2020–.



A su vez, reseñó que durante la audiencia de prueba prevista en el art. 353 *septies*, CPPN, se propuso la incorporación de los registros filmicos del Centro de Monitoreo Urbano, para corroborar –tras el examen pericial necesario– si podía inferirse el consumo de alcohol denunciado por Maldonado Fuertes, o si su comportamiento era consistente con el de una persona intoxicada.

Agregó que esa prueba también fue rechazada por el *a quo*, y resaltó que la fiscalía debió procurar su producción para destruir “*la duda razonable y persuasiva*” alegada por el imputado.

Por otro lado, aseveró que de los dichos en el debate de M. M. Mostacero–“*tía por afinidad*” de Maldonado Fuertes– surgía que ésta encontró al nombrado horas antes del hecho, que lo vio tomando en las inmediaciones de un comedor, que le habló para que dejara de beber y le reclamó que regresaran juntos a la casa en la que convivían, pero que en un momento aquél salió corriendo.

Enfatizó que, según la testigo, vio a Maldonado Fuertes “*muy tomado*”, “*mareado*”, “*que se le caían las cosas, incoherente en sus dichos y que ingirió delante suyo vodka y vino blanco en forma excesiva*”, todo ello alrededor de las 20:30 y 21 h.

La defensora se quejó de que, pese a mencionar este relato, la sentencia no lo habría valorado realmente, ya que era concluyente respecto del estado en que se hallaba su asistido.

En cuanto a los otros testigos convocados, la recurrente remarcó que habrían aportado indicios serios en pos la tesis defensiva, que llevaban a presumir el estado de intoxicación alegado, pero que el juzgador siquiera los relevó en su resolución.

Concretamente, se refirió a lo dicho por el damnificado S. L. Zelaya, quien refiriéndose a Maldonado Fuertes dijo: “*el señor estaba muy agresivo*”, “*se enojaba con la policía*”, “*yo vi que estaba tomado parece o drogado, algo más o menos por el*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

estilo". Y preguntado sobre cómo pudo percibir ello, contestó *"por la manera en que actuaba"*.

Relevó también los dichos del preventor D. O. Piciana, quien dijo que al momento de la detención Maldonado estaba *"un poco perdido"*, aclarando que *"había momentos en los que hablaba bien y momentos que no"*, y que *"no recordaba su DNI, no sabía dónde estaba"*.

Respecto a este testigo, la defensa ahondó en el hecho de que no supo contestar por qué no se encontraba firmada el acta de detención por el imputado, extremo que la recurrente ligó con la posibilidad de que Maldonado Fuertes *"no se encontraba en un estado intelectual suficiente para realizar tal acción"*.

Luego repasó los dichos del testigo de actuación A. Sánchez Torres, quien describió al acusado como *"un poco nervioso"*; y destacó que gritaba incoherencias tales como *"que le traiga acá al chico"* y que *"pateaba a la madre"*. La defensora entrelazó estas frases con la situación familiar de Maldonado, quien comenzó con su problema con el alcohol cuando se produjo la disolución de su grupo familiar –tras finalizar un vínculo de veintidós años con su ex pareja, con la que tenía un hijo de dieciséis años–.

Por último, respecto del informe médico legal valorado por el juzgador –en el que se dejó constancia del estado de lucidez observado en el imputado–, la recurrente puntualizó que esa práctica tuvo lugar *"muchas horas con posterioridad al suceso"*, por lo que era posible inferir que en ese tiempo los efectos del estado de ebriedad mermaran. Y resaltó que en la evaluación no se dejó constancia *"sobre la ausencia de indicios sobre un estado de neurotoxicidad"*.

Como corolario de su planteo, insistió en que la decisión del juez de grado fue arbitraria por realizar un examen parcial de la prueba producida, omitiendo referirse a aquellos elementos que no eran afines a la acusación.



4. En los recientes precedentes “**Barbeito**”¹ y “**Monserrat Ruiz Díaz**”² y, anteriormente, en el caso “**Castañeda Chavez**”³, recordé que le corresponde al Estado, en función de la potestad punitiva que posee, poner en marcha el sistema de justicia penal cuando toma noticia de la comisión de un delito, con el fin de resolver sobre la culpabilidad o no del imputado en el caso concreto.

En este marco, esa potestad punitiva puede ejercerse legítimamente dentro de ciertos límites, pues, para arribar a un pronunciamiento que satisfaga el grado de certeza requerido en una sentencia de condena, el Estado tiene la obligación de probar la existencia de la conducta investigada y su encuadramiento en una figura penal determinada. Logrado ello, puede afirmarse la tipicidad del supuesto de hecho investigado.

Está claro que la tipicidad de la conducta endilgada a Maldonado Fuertes se halla debidamente constatada.

Ahora, cabe preguntarse qué sucede cuando, como ocurre en el caso bajo estudio, lo que se pretende es probar la existencia de una causal que excluye la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad del imputado. ¿Debe igualmente el Estado poner en movimiento sus recursos para determinar si aquélla realmente tuvo lugar?

Esto dependerá de si existen elementos que adviertan acerca de su posible existencia, más allá de la simple aseveración de la parte pues, para activar el sistema de justicia penal en este sentido, es necesario algún punto de apoyo que la sustente⁴.

1 Cfr. causa “Babeito, Luciano Lionel s/recurso de casación”, n° 22796/19, rta. 3/11/21, reg. n° 1660/2021.

2 Cfr. causa “Monserrat Ruiz Díaz, Darío A. s/recurso de casación”, n° 35161/2021, rta. 24/8/22, reg. n° 1274/2022.

3 Cfr. causa “Castañeda Chavez, Keiny Aldair s/ recurso de casación”, n° 59.245/13, rta. 18/11/15, reg. n° 670/2015.

4 Hay una lógica similar en el derecho anglosajón, en el que, tal como informa el juez García, “la carga de la prueba recae sobre la acusación y se designa legal burden of proof. Sin embargo cuando se trata de alegar defensas o excepciones, se reconoce que el acusado carga con el peso de la “persuasión” en el sentido de que incumbe a éste demostrar que hay suficiente evidencia para presentar una cuestión sobre la existencia o inexistencia de un hecho que daría base a una defensa o excepción, lo que se designa como persuasive burden of proof, pero una vez satisfecho el estándar de persuasión, no carga aquél con la prueba de ese hecho más allá de toda duda





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

4.1. En el caso, durante el debate oral –tal como había hecho también en la audiencia inicial de flagrancia– el imputado manifestó que el día del hecho había bebido mucho alcohol, que no recordaba lo ocurrido, que únicamente tenía “*flashes*” de haber estado en la comisaría y dormido en un patrullero.

Sobre esa base y con apoyo en lo que surgía de algunos de los testimonios rendidos durante la audiencia oral, la defensa postuló que Maldonado Fuertes actuó inmerso en un estado de inimputabilidad.

Por su parte, el juez de grado rechazó este planteo y aseveró que el imputado comprendió la criminalidad de su acto y pudo dirigir sus acciones.

Para ello, tras un repaso dogmático vinculado con el principio de culpabilidad y el juicio de reproche, consideró especialmente lo que surgía del informe médico legista de fs. 21, realizado cuatro horas y media después del hecho, y en el que se asentó que Maldonado Fuertes se hallaba “*vigil, orientado en tiempo y espacio, colaborador, tranquilo. Conciencia de actuación y estado...*”.

Destacó que nada se reseñó sobre alguna situación particular vinculada a la ingesta de alcohol (ya sea que se encontrara intoxicado o que presentara aliento etílico).

Además, resaltó que el profesional que practicó el examen no fue propuesto como testigo, por lo que, desde la perspectiva médica, no existían elementos a ponderar.

Consideró que la principal prueba de la alegada ingesta de alcohol era el relato de M. Mostacero, quien dijo que Maldonado Fuertes era alcohólico y que ese día lo vio tomando hasta una hora antes del hecho, aproximadamente.

razonable” (cfr. artículo de L. M. García en “Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia”, compilado por Florencia G. Plazas y Luciano A. Hazan, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2015).



A su vez, reconoció haber rechazado la producción de una medida de prueba tendiente a reunir los registros fílmicos del Centro de Monitoreo Urbano, bajo la premisa de que, aun cuando se tuviera por probado que el imputado tomó alcohol antes del hecho, existían circunstancias fácticas que permitían entender que, pese a ello, comprendió la criminalidad de sus acciones y se condujo conforme a ello.

En ese orden, remarcó que Maldonado se subió a una bicicleta y mientras era perseguido por la víctima, pedaleó en contramano algunas cuabras hasta ser detenido por personal policial. En ese marco, razonó que si la ingesta alcohólica hubiera sido severa –al punto de llevarlo a no comprender su accionar– era llamativo que no haya perdido el equilibrio durante su huida, la que además fue veloz, dado que el damnificado no pudo alcanzarlo pese a reaccionar inmediatamente.

El juez de grado tomó en cuenta, también, que una vez detenido brindó sus datos personales, lo cual era demostrativo de que se encontraba en un estado de lucidez suficiente. Recalcó que la circunstancia de haber dicho que se encontraba en situación de calle, en vez de informar su domicilio, no permitía inferir un estado de inimputabilidad.

Por último, el juzgador observó que, no obstante haber alegado el acusado que se quedó dormido en el patrullero, lo cierto era que, pocas horas después del hecho fue examinado por un médico legista, que nada informó sobre una posible ingesta alcohólica. Asimismo, apuntó que, aunque Maldonado Fuertes dijo que todos los policías intervinientes podían dar cuenta de que durmió en el móvil, solo se convocó a declarar al preventor Piciana, quien no mencionó ese extremo.

4.2. Pues bien, repasados los argumentos del *a quo* en los que se fundó el rechazo de la pretensión defensiva, se advierte que





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

la defensa no ha logrado demostrar el supuesto de arbitrariedad alegado.

Se advierte que el juzgador basó su decisión, principalmente, en lo que está asentado en el informe médico legista realizado a Maldonado Fuertes, a escasas horas del hecho.

En dicha pieza, se lo describió como lúcido, orientado, consciente, colaborador; y sin ninguna indicación, por ejemplo, de la presencia de aliento etílico, falta de coordinación, mareo, somnolencia, etc.

Para más, no puede pasarse por alto, como remarcó el *a quo*, que la ejecución del hecho de autos involucró el desplazamiento en bicicleta a una velocidad tal que le permitió al acusado sortear la persecución de la víctima, que se extendió por unas dos cuadras. Ese tipo de actividad exige el correcto funcionamiento de un número de aptitudes y capacidades –equilibrio, coordinación intra e intermuscular, ubicación espacial, entre otras– de las que difícilmente pueda valerse una persona con el grado de intoxicación que intentó presentar la parte.

El cuadro se complementa con la provisión, por parte del imputado, de sus datos personales.

No escapa al suscripto que la víctima describió al imputado como “*tomado o drogado*”, y justificó su observación “*por la manera en que actuaba*”; a su vez, el preventor Piciana mencionó que Maldonado estaba “*un poco perdido*” y que había “*momentos en los que hablaba bien y momentos que no*”.

Sin embargo, sopesadas tales observaciones frente a lo que surge del informe médico legista y el desarrollo del hecho imputado, se coincide con el criterio expuesto por el juez del *a quo*, en punto a que la prueba rendida ha sido suficiente para afirmar la capacidad de reproche de Maldonado Fuertes.



Y es que aun reconocida la posibilidad de que el imputado haya ingerido alcohol, no se han reunido en autos indicios objetivos suficientes para justificar la existencia de la causa de inculpabilidad alegada. Al contrario, la prueba pericial que se juzga dirimente para el caso –el informe médico realizado apenas 4 horas después del hecho– no advirtió acerca de ninguna condición que pudiera abonar la tesis de la defensa.

Para más, es útil repasar lo dicho por el testigo de procedimiento A. Sánchez Torres, de cuyo testimonio la defensa remarcó algunos pasajes en su recurso, aludiendo a que Maldonado habría dicho incoherencias y que estaba nervioso.

Sin embargo, al repasar el testimonio del declarante (archivo de video “37833-2020 inicio de juicio” incorporado como documento digital en el Sistema de Gestión Integral de Expedientes Judiciales), surge que repetidas veces dijo que Maldonado “*estaba bien*”, “*estaba normal*”, que respondió preguntas y que dio su nombre. Luego, sí dijo que estaba “*un poco nervioso*” y explicó que hablaba y pedía que “*traigan al chico*” y puteaba a la madre, pero –sin querer asegurarlo porque se trataba de su percepción– entendió que estaba enojado con el damnificado y que sus frases se dirigían a él.

De este modo, la presunción de la defensa consistente en que Maldonado profería incoherencias, algunas vinculadas con su propio núcleo familiar, no consulta los términos de la declaración del testigo.

Por las razones expuestas, considerando que la decisión del *a quo* se funda adecuadamente en elementos objetivos –informe médico, el desarrollo de la mecánica del hecho– cuyo peso relativo demostró ser superior al extraído de las escasas referencias aportadas por los testigos, habré de proponer al acuerdo el rechazo de este agravio de la defensa.

Calificación legal





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNCI

5. En subsidio del planteo previamente abordado, la defensa sostuvo que el *a quo* aplicó erróneamente el art. 163, inc. 6°, CP, por haber partido de una interpretación extensiva del término “vehículo”, a través de la cual incluyó a la bicicleta dentro de la categoría en cuestión. Lo anterior, dijo, iba en contra del mandato de máxima determinación y certeza que impone el principio de legalidad.

Acto seguido, citó un artículo de la autoría de quien suscribe, titulado “*¿La bicicleta como vehículo? Reflexiones sobre el tipo de sustracción de vehículos del inciso 6° del art. 163 del CP*” (La Ley 2001-E, 779, Sup. Penal 2001, octubre 4); y el voto de la Patricia Llerena en el fallo “Schuaps”, de la sala I de esta Cámara.

Sostuvo que la interpretación del término “vehículo” más benigna para los intereses del imputado era aquella que excluía de su significado a las bicicletas.

Asimismo, argumentó que el estado de mayor desprotección del objeto que fundamentaría la agravante no concurre en el caso; pues, aunque la bicicleta se encontraba en la vía pública, el damnificado declaró que todo el tiempo se encontró bajo su custodia, ya que al entrar a la pizzería donde fue a realizar una diligencia “*no dejó de mirarla*”, dado que el local contaba con una vidriera en todo su frente.

Bajo esta inteligencia, postuló que el elemento normativo “*dejado*” –en la vía pública– contenido en el tipo, no se encontraba cumplido en el caso.

Solicitó, en definitiva, que se casara la sentencia en cuanto a la calificación legal asignada al hecho y se modificara ésta por la de hurto simple en grado de tentativa.

Por todo ello, reclamó que, o bien se reenviara el caso para fijar una nueva sanción por otro tribunal, o se impusiera a su asistido una nueva pena, tomando como norte que el juez de grado aplicó una pena equivalente al doble del mínimo de la escala penal del



delito agravado, por lo que la sanción no podría separarse en demasía del doble del mínimo de pena previsto para el delito de hurto simple tentado.

5.1. Debo adelantar que lleva razón la defensa en su crítica.

Sobre la cuestión traída a estudio tuve oportunidad de expedirme, ya como juez de esta Sala, en los casos “**Aguirre**”⁵, “**Mosquera Ramírez**”⁶, y más recientemente en “**Díaz**”⁷ y “**Giménez**”⁸.

En ese sentido, disiento con la posición del *a quo* en punto a que la bicicleta objeto del intento de sustracción sea susceptible de ser subsumida en el concepto de vehículo al que hace referencia la ley penal.

Frente a la ambigüedad del término utilizado por la norma para designar el objeto que funda la agravante y, dado que esa ambigüedad no puede ser despejada acudiendo sin más al método de interpretación gramatical, resulta necesario abordar el problema desde otra perspectiva hermenéutica.

a) La tesis que propone incluir a las bicicletas dentro de los objetos a los que hace referencia el inciso 6° del art. 163 parecería tener –si se excluye un análisis exhaustivo de las fuentes de la norma– su mejor punto de apoyo en el método de interpretación histórico.

Como es sabido, el primer cuerpo normativo que otorgó una protección especial a los vehículos mediante la amenaza de una pena agravada para los diversos supuestos de sustracción –hurto, robo, robo con armas, etc. – fue el decreto-ley 6582/58, que oportunamente fue ratificado por la ley n° 14.467. El objeto que se pretendía amparar

5 Cfr. causa “Aguirre, D. Osvaldo s/recurso de casación”, n° 74372/2016, rta. 14/05/19, reg.n° 563/2019.

6 Cfr. causa “Mosquera Ramírez, Giovanni Williams s/recurso de casación”, n° 53694/2018, rta. 5/02/20, reg. n° 92/2020.

7 Cfr. causa “Díaz, J. Andrés s/recurso de casación”, n° 55541/2019, rta. 27/04/22, reg. n° 544/2022.

8 Cfr. causa “Giménez, Ariel Armando s/recurso de casación”, n° 67261/2019, rta. 27/04/22, reg. n° 546/2022.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

se encontraba perfectamente determinado: se trataba de los automotores precisados en el art. 5º. En el mensaje que acompaña el decreto también se encontraba clara la razón que le daba fundamento a la incriminación: se entendía que instrumentando un sistema registral especial que los diferenciara de los restantes bienes muebles y aumentando las penas, disminuiría la sustracción de automotores, que se encontraba en auge de acuerdo a lo que informaban las estadísticas policiales⁹.

El Anteproyecto de Código Penal de 1960 redactado por Soler constituyó el primer intento de reforma de esta norma. En lo que aquí interesa, el anteproyecto resulta de importancia porque la redacción que se utiliza para reprimir la sustracción de automotores¹⁰ es idéntica a la empleada por el actual inc. 6º del art. 163 del Código Penal. En la exposición de motivos no se explican, sin embargo, las razones de la modificación ni tampoco se precisa qué objeto se intentaba denotar con la palabra vehículo.

La forma de regulación propuesta por Soler finalmente obtuvo rango positivo con la sanción de la ley de facto n° 17.567. La Comisión redactora, conformada por el propio Soler, Fontán Balestra y Aguirre Obarrio, explicó la modificación al régimen especial de protección de los automotores del siguiente modo: *“La preferente protección legal no se fundamenta en la naturaleza misma del objeto, sino en la necesidad impuesta a su propietario de dejarlo en determinadas situaciones que llevan consigo un riesgo. A diferencia del art. 38 de la ley de automotores, el inciso se refiere a toda clase de vehículos”*¹¹.

Como se puede observar, en la exposición de motivos de la ley se explica el diferente fundamento de la prohibición entre este régimen y el que se estaba derogando. En el decreto-ley, lo único que

⁹ ADLA, XVIII, 1079.

¹⁰ Cfr. art. 208, inc. 6º, “Anteproyecto de Código Penal de 1960”, Cámara de Diputados de la Nación, Comisión de Legislación Penal, p. 97.

¹¹ Cf., ADLA, XXVIIC, 2889.



se requería para que operara la agravante era que el objeto fuera un automotor, lo cual constituía una forma de regulación peculiar dentro del sistema penal vigente en ese momento en el que no existían objetos que recibieran una protección especial fundada exclusivamente en la calidad de la cosa. En la nueva ley, el motivo de la tutela preferente residía en la situación de mayor desprotección en la que se encontraba el objeto a raíz de la necesidad del poseedor de dejarlo librado a la confianza pública, tal como históricamente sucedía con el abigeato.

El mejor fundamento de la prohibición vino acompañado, empero, de una mayor indefinición respecto de los bienes que se pretendía incluir en la norma.

La elección de un término de significado ambiguo como “vehículo” para sustituir un vocablo no sólo más preciso sino hiperdefinido por la remisión al art. 5 del decreto-ley, agravada por la ausencia de una explicación suplementaria acerca de cuáles de todos los objetos denotados por el término se pretendía incluir en la norma¹², constituyó la base del problema que hoy permanece sin clara solución.

Luego de desaprovechar la oportunidad que su rol de redactores les otorgaba para definir con exactitud el alcance de la norma, así como para explicar todas las razones que le daban fundamento, Soler y Fontán Balestra intentaron, en su rol de doctrinarios, discriminar cuáles de todos los objetos que reúnen la calidad de vehículos, se encontraban incluidos en el tipo. A los efectos de distinguirlos, no encontraron obstáculo en agregar razones que no habían dejado asentadas en la exposición de motivos.

Así, Soler sostuvo que *“una de las razones agravantes es semejante a la que funda la agravación del abigeato, esto es, el*

¹² La referencia efectuada en la exposición de motivos según la cual la norma alude a *toda* clase de vehículos solo sirve para oscurecer la interpretación; pues por lo menos resulta autocontradictorio que se pretenda fundamentar una agravante en la *necesidad* del propietario de dejar el objeto librado a la confianza pública cuando, al mismo tiempo, existen muchos vehículos que perfectamente pueden ser guardados en dependencias interiores.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNCI

principio común tantas veces invocado de la necesidad de reforzar la tutela jurídica cuando menor es la tutela de hecho. A ella se agrega... la facilidad proporcionada por la cosa misma para el éxito de la sustracción, la consolidación del dominio furtivo y hasta su impunidad. A diferencia de la ley derogada, ésta extiende su protección a todo vehículo aunque no sea motorizado. El hurto de bicicleta es, pues, calificado, siempre que ella se encontrara librada a la confianza pública”¹³.

Por su parte, Fontán Balestra efectuó la siguiente distinción: *“A diferencia de la norma contenida en el Decreto-ley 6582/58, que limitaba la agravante a los automotores, el inciso que estudiamos la extiende a toda clase de vehículos. Por vehículo se entiende todo medio que sirva para el transporte por tierra, aire o agua, realizado por fuerzas animales o mecánicas. No caen dentro de ese concepto los que el hombre arrastra o empuja por sí mismo, como la carretilla o el coche para llevar al bebé; sí son vehículos la bicicleta o el triciclo, porque disponen de un mecanismo que multiplica la fuerza empleada y porque no son empujados ni arrastrados”¹⁴.*

Con posterioridad el decreto-ley recobró vigencia con la ley n° 20.509, resultó derogado nuevamente por la ley de facto n° 21.338 que volvió al régimen de la ley n° 17.567, y fue puesto nuevamente en vigor mediante la ley n° 23.077.

En junio de 1989 la Corte Suprema dictó los fallos “Cuvillana”, “Martínez” y “Gómez”¹⁵ en los que declaró la inconstitucionalidad del art. 38 del decreto-ley en atención a la manifiesta violación del principio de proporcionalidad que implicaba la sanción penal de 9 a 20 años de prisión con la que se reprimía el robo de automotor con armas.

¹³ SOLER, Sebastián, “Derecho Penal Argentino”, t. IV, p. 255, TEA, Buenos Aires, 1988.

¹⁴ FONTAN BALESTRA, Carlos, “Tratado de Derecho Penal”, t. V, p. 481, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969.

¹⁵ Fallos CSJN 312:809, 312:827 y 312:851, respectivamente.



Esta doctrina fue abandonada por la Corte de los 90 en “*Pupelis*”¹⁶, la que, con base en el clásico argumento de la medida que debe presidir el control de constitucionalidad de las leyes, concluyó que la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente, es facultad exclusiva del Poder Legislativo. Ello no impidió, de todos modos, que incluso uno de los magistrados que votaron a favor de la constitucionalidad de la norma –el juez Levene– indicara que “*corresponde oficiar al Poder Legislativo a fin de que se contemple la reforma de las escalas penales del art. 38 del decreto-ley 6582/58 con el fin de evitar que su severidad pueda derivar en condenas que excedan las necesidades de política criminal*”.

A fin de solucionar *este* problema, en el ámbito del Congreso de la Nación se redactaron diversos proyectos de ley que tuvieron como denominador común la derogación de la escala penal del robo de automotor con armas.

En julio de 1993 la Cámara de Diputados aprobó un proyecto del diputado Hernández que regulaba la figura en los mismos términos que la ley n° 17.567, el que finalmente no fue aprobado por la Cámara revisora pese al consejo en tal sentido de la Comisión de Asuntos Penales y Regímenes Carcelarios. Esta Comisión también analizó los proyectos de ley presentados por los senadores Cendoya, en el que se promovía la directa derogación de art. 38 de decreto-ley sin que a su vez se propusiera una regulación que diera protección especial a los automotores o a cualquier otra clase de vehículo; Villarroel, en el que se proponía mantener el régimen penal del decreto-ley pero con escalas penales menores, v.gr., de 5 a 20 años de prisión para el robo de automotor con armas, y Martínez Almudevar que sólo se diferenciaba del proyecto del

16 Fallos CSJN 314:424.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNCI

diputado Hernández en que postulaba una nueva redacción para los arts. 163, inc. 3º y 289 del Código Penal¹⁷.

Luego de que los proyectos caducaran, la cuestión fue reeditada por la referida Comisión, la que propuso un nuevo tratamiento del tema sobre la base de un proyecto del senador Martínez Almudevar idéntico al anterior.

En los fundamentos del proyecto¹⁸ se dio cuenta de que el motivo de la propuesta de reforma radicaba en el problema de la irracionalidad de las penas y en la laguna de punibilidad que provocaba el hecho de que el art. 33 del decreto-ley reprimiera la adulteración de la numeración estampada por el Registro, cuando en realidad éste no estampaba número alguno en el motor o el chasis de los automotores.

Por su parte, mientras la decisión de ampliar la tutela preferente a toda clase de vehículos carece de otro fundamento que no sea la simple remisión a la exposición de motivos de la ley n° 17.567, el sentido general de las modificaciones propuestas quedó expuesto del siguiente modo: *“Con la reforma resultará eficaz la tutela de la propiedad de los automotores, mediante la correcta penalización de los actos que atenten contra la misma, y la normativa propuesta, destinada a esa protección, impedirá que en el futuro queden impunes delitos como, por ejemplo, el de ‘autos dobles’”* (sin destacado en el original).

Por la importancia que se suele otorgar a la intención del legislador en una interpretación basada en el método histórico, conviene detenerse en el análisis del discurso del miembro informante, senador Villarroel¹⁹.

A partir de la simple lectura del debate parlamentario se puede advertir la preocupación que en el senador

¹⁷ Todos los proyectos pueden ser consultados en la “Orden del Día n° 780”, Cámara de Senadores, Sesiones Ordinarias de 1994, pp. 2741/2752.

¹⁸ Cf. “Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores de la Nación”, 1996, p. 2323.

¹⁹ Cf. “Diario...”, cit, pp. 2323/2328.



generaba la contradicción existente entre un proyecto de ley que se disponía a reducir las escalas penales previstas para una serie de delitos y el embate de ciertos medios de comunicación que, como parece ser costumbre desde hace años, requerían penas más duras²⁰.

El senador se refiere a la prédica de los medios de comunicación en tres oportunidades distintas y en los siguientes términos:

“Toda esa demora en la solución del problema se debe en parte –y es justo decirlo, aunque pueda resultar antipático para quienes aspiran al beneplácito de los medios de comunicación, y a veces de incomunicación– a las opiniones ligeras, superficiales e indoctas de ciertos comunicadores... que han dicho que el propósito de los legisladores que estamos apoyando esta iniciativa legislativa no ha sido otro que el de favorecer a los ladrones de autos, ya que estamos disminuyendo las penas. Ha habido un periódico que el 14 de noviembre de 1994, cuando esta iniciativa estaba en el Senado dijo textualmente en un título bien destacado: No todas son malas en el país: estímulo al choreo”.

También hizo referencia a que *“últimamente tampoco ha faltado editorial que se haya hecho eco del criterio de que los reclamos de los amotinados en las cárceles incluían también una petición en el sentido de que se apruebe este proyecto de ley. Se ha dicho que no sería conveniente que el Congreso se haga eco de esta suerte de coacción”.*

Y volvió sobre el tema al sostener que *“quiero decir que las objeciones de carácter comunicacional que se le han hecho a esta iniciativa no se han guiado por la lectura y mucho menos por la reflexión sobre su contenido sino por una mera impresión de que se rebaja algunas escalas penales”.*

²⁰ Cf. mi opinión respecto de las campañas de “ley y orden” emprendidas por ciertos medios de comunicación en “Fundamentos y límites del encarcelamiento preventivo”, en AAVV *La justicia penal hoy*, ps. 244/251, Fabián Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2000.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNCI

Inmediatamente después de esta última reflexión, a fin de contestarle a los medios de comunicación –cuyo beneplácito parecía no importarle– el senador pasó a exponer las ventajas (represivas) – del sistema propuesto: no era cierto que el nuevo régimen sería más indulgente, pues a partir de su sanción habría más casos que quedarían abarcados por la norma.

Este es el contexto en el que se inscriben las reflexiones que incluyen a la bicicleta como materia de la prohibición. Pero antes de pasar al examen del discurso en este punto, conviene recordar una disquisición previa formulada por el legislador sobre la base de una peculiar descripción de los tenedores de vehículos.

“Según el sistema penal actualmente vigente, si un individuo se apodera de un automóvil usando por ejemplo una copa de vidrio rota o un bastón a modo de garrote como arma o como amenaza de violencia inmediata contra el dueño, el conductor del vehículo o quien ejerce la guarda de dicho automotor en ese momento, y si es aprehendido, procesado y condenado el juez no puede imponerle una pena mínima menor de los nueve años de prisión... En cambio, si ese mismo individuo del ejemplo en vez de armarse con una copa rota sale con un revólver cargado de su casa y en la calle mata a tiros al primero que se le cruza, en caso de ser condenado tendrá una pena mínima –paradoja mediante– de ocho años de prisión. Y si dicho individuo, con el mismo revólver cargado, en vez de apoderarse ilegítimamente de un automóvil –tal vez de un muy viejo modelo y barato– se adueña de una motocicleta mucho más costosa que anda por ahí luciendo su propietario en muy buena compañía como suele suceder con las motos importantes– la pena mínima es de cinco años de prisión según el sistema penal vigente. Y si ese mismo individuo con el mismo revólver en vez de apoderarse de la motocicleta cara y ostentosa –y bien acompañada– se apropia, supongamos, de la bicicleta que conduce el humilde obrero que usa ese medio de transporte para ir a su trabajo, también tiene pena



mínima de cinco años. Estas, entre otras inconsecuencias escandalosas, son la verdadera piedra del escándalo –valga la redundancia– que motiva nuestra preocupación”.

En consonancia con la idea de que la conducta es más perversa de acuerdo con las características del tenedor del bien y del uso que se le dé a la cosa, ese tipo de consideraciones se renuevan a la hora de replicar a los medios de comunicación:

“Lo cierto es que entre otras virtudes del nuevo régimen penal que se propone –que no es otra cosa que volver al régimen del Código Penal–²¹ deben señalarse las siguientes: en primer lugar, con este proyecto se amplía la protección penal, no circunscribiéndola exclusivamente a los vehículos de cuatro ruedas o más. Vale decir que se amplía a toda clase de vehículos.

Porque entre otras cosas habría que hacer notar que la democracia, que ahora está expresamente mencionada en la Constitución –no como antes que no decía nada– implica desde el punto de vista de la política criminal que tanto vale la propiedad de un automóvil como la de una bicicleta, sobre todo cuando la bicicleta es el único medio de transporte que tiene, por ejemplo, un obrero que debe trasladarse a su lugar de trabajo.

Digo esto porque no es posible que nuestra política criminal privilegie la propiedad del rico –que en la mayoría de los casos está asegurada– sobre la propiedad del pobre, como si no fuese eventualmente más dañoso y mucho más odioso –para decirlo en términos de política criminal– el que roba la bicicleta de un modesto obrero que el que se apodera de un automóvil importado seguramente asegurado por su dueño”.

En el decreto-ley el motivo de la prohibición se encontraba claro; proteger un bien determinado por la sola calidad de

²¹ Reiteradamente a lo largo del discurso se pretende dejar instalada la impresión de que derogando el decreto-ley se estaría regresando a una fuente legislativa legítima. Al respecto, se debe recordar que la ley n° 17.567 cuyo texto reproduce la ley actual corresponde al período del gobierno de facto de Onganía.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

la cosa. En el anteproyecto del 60 y en la ley n° 17.567, a pesar de la indefinición ya señalada con relación a los términos empleados para describir los objetos incluidos, también se pretendía reforzar la tutela jurídica frente a la mayor desprotección de hecho.

Si nos atuviéramos al discurso del miembro informante, el fundamento de la ley actual ¿deberíamos encontrarlo en el destino de la cosa? ¿En la posición social de la víctima? ¿En el valor relativo que tiene la cosa para su propietario? ¿En la (in)capacidad del damnificado para procurarse buena compañía? ¿En la democracia?

A continuación, desprendido completamente de las premisas, el razonamiento prosigue:

“Como si en definitiva no fuera absurdo –y es uno de los mayores reproches que cabe hacerle a este régimen del decreto-ley de facto de 1958– que se establezcan escalas penales mayores o menores, no en función del mayor o menor daño o peligro que impliquen las formas que se usan para el apoderamiento ilegítimo de una cosa y no en función de las situaciones de mayor o menor protección por su propio dueño en que se encuentran las cosas de acuerdo con las circunstancias de su uso –desde el punto de vista penal no es lo mismo apoderarse de una vaca que se encuentra pastando en el campo que de un animal que se halla en recinto cerrado, con propiedad acotada– sino establecer la diversidad de escalas penales en orden simplemente a la naturaleza intrínseca de la cosa. Por ejemplo el caso de un vehículo automotor de cuatro ruedas no resiste la menor crítica desde el punto de vista de la política criminal”.

b) Ya se dejó insinuado que parece haber un quiebre entre las premisas y la conclusión a la que se arriba. En efecto, si lo que resulta relevante desde el punto de vista de una política criminal basada en la democracia es la situación social de la víctima (que se trate de un humilde obrero), el destino de la cosa (que se use para ir al trabajo) y el valor relativo de la cosa (es más importante la bicicleta



del humilde obrero que el auto importado del rico), entonces, la protección preferente de los vehículos nada tiene que ver con la *forma* en que se produce el desapoderamiento ni con la *situación* en la que se encuentra el bien.

Es cierto que la forma de realización de la acción y la situación de desprotección de los bienes pueden ser criterios de buena técnica legislativa en materia penal. Lo que es indudable es que no resulta posible utilizar el mismo adjetivo para calificar los criterios aparentemente tenidos en cuenta para justificar la inclusión de la bicicleta entre los objetos a que hace referencia la norma.

Pero, además, también hay que advertir acerca de la incorrección del tramo final del razonamiento en tanto no resuelve el planteo que él mismo formula. Es que, si lo importante a los efectos de definir los tipos penales es la forma en la que se desarrolla la acción y la situación del bien, no se explica por qué deberían tener mayor protección ciertos objetos en desmedro de otros –aun cuando todos podrían encontrarse en una situación de menor tutela fáctica— si no se admite, al mismo tiempo, que la protección preferente radica también en el mayor valor intrínseco que el legislador le atribuye a la cosa. En este sentido, si el único parámetro fuera el que se proclama, no sólo la distinción basada en el vehículo automotor de cuatro ruedas carecería de la capacidad de resistir la menor crítica desde el punto de vista de la política criminal; la crítica sería extensible a toda agravación que tuviera parte de su razón de ser en la naturaleza de la cosa, v.gr. los automotores, las bicicletas, las cabezas de ganado, los productos separados del suelo, las máquinas o instrumentos de trabajo, o las cosas de valor científico, cultural, militar o religioso a que hacía referencia el inc. 7º del art. 163 de la ley n° 17.567, pues no existiría razón alguna para diferenciarlos, en lo que a protección penalespecial se refiere, del resto de las cosas susceptibles de ser sustraídas.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNCI

Jakobs advierte que *“las exposiciones de motivos ministeriales de los proyectos de ley, o las ideas manifestadas por los distintos oradores en los debates son a lo sumo indicios de las presuposiciones de algunos parlamentarios; la mayoría puede que incluso –por falta de conocimiento o de interés– no haya tenido ideas relativas al objetivo de la regulación”*²².

Del análisis efectuado hasta aquí se desprende que nos encontramos ante un discurso que opera a manera de justificación frente a las presiones represivas de algunos medios de comunicación, que utiliza criterios que carecen de reconocimiento en lo que a técnica legislativa se refiere y que no contesta los propios interrogantes que formula.

Ninguno de los legisladores que intervinieron con posterioridad, tanto en la Cámara de Senadores como en la de Diputados efectuó referencia alguna a las bicicletas, *sino que circunscribieron su atención al problema que había dado origen a los múltiples proyectos: acabar con la pena draconiana del robo de automotor agravado por el uso de armas.*

Y si a todo ello se agrega que en los antecedentes legislativos de la figura bajo estudio jamás se dejó expresamente establecida la inclusión de esta clase de vehículo –el material de trabajo del método histórico son los proyectos, las exposiciones de motivos, las actas parlamentarias; no la opinión doctrinaria del redactor no asentada en texto oficial alguno–, parece razonable concluir que la “voluntad de legislador” no puede razonablemente resultar determinante para volcar la interpretación hacia la inclusión de las bicicletas en el ámbito de la norma.

c) Sin la falta de apoyo del método histórico, también decae la argumentación basada en el método gramatical.

Para definir la palabra vehículo, el D.R.A.E. se limita a explicar que se trata de un “medio de transporte de personas o cosas”

²² JAKOBS, Günther, “Derecho Penal”, 2da. edición, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 94.



sin hacer referencia a la bicicleta, la que a su vez es definida como velocípedo, término éste que sólo por extensión se refiere a la bicicleta.

Pero esta referencia a la definición académica de la palabra resulta insuficiente para fundar por sí sola una intervención tan tajante del derecho penal.

En efecto, el D.R.A.E. también define, por ejemplo, al “carro” como “cualquier *vehículo* o armazón con ruedas que se emplea para transportar objetos diversos” y hasta ahora, afortunadamente, no se ha conocido tesis alguna que pretenda incluir a estos objetos dentro de la materia de la prohibición.

También son imaginables múltiples objetos que se adecuan perfectamente a la definición de ser “medios de transporte de personas o cosas” como los rollers y la patineta que podrían ser traídos a colación como *argumentum ad absurdum*.

d) Es que, en definitiva, no es posible obtener precisión a partir de una palabra de significado ambiguo. Cuando el legislador argentino prefirió utilizar la palabra “vehículo” para referirse a los objetos que pretendía designar, a diferencia, por ejemplo, del legislador español que para reprimir el hurto de uso hizo expresa referencia a “un vehículo a motor o ciclomotor”, o el alemán que para reprimir el mismo delito describió la conducta como la de hacer uso “de un automóvil o de una bicicleta”²³, resignó parte de su poder al dejar la concreción de la norma en manos del intérprete.

El problema que plantea el caso es que, como se ha visto, no concurren razones firmes que permitan concretar la norma en un sentido o en otro. Aquí es donde cobra relevancia el criterio hermenéutico denominado *pro libertate*.

A fin de explicar el ámbito de aplicación de este criterio, conviene recordar que la función primordial del principio *in dubio pro reo* es la de brindar una pauta de interpretación al juez en el supuesto

²³ Cfr. art. 244 del Código Penal español y parágrafo 248b del Código Penal Alemán.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

de que sus dudas recaigan sobre los *hechos*, prohibiendo, fundamentalmente, que se dicte una sentencia condenatoria cuando se carezca de un estado de certeza suficiente para estimar que se ha cometido un hecho punible y que el imputado ha tenido algún grado de participación en él.

Por el contrario, cuando las dudas se presentan sobre el *derecho*, se suele sostener que este principio carece de aplicación pues *“en las cuestiones jurídicas... no hay reglas de interpretación que obliguen al juez, por ejemplo a elegir entre varias posibles interpretaciones de la ley aquella que favorezca más al acusado... En los casos de duda respecto a la cuestión jurídica el Tribunal no tiene que elegir la interpretación más favorable al reo, sino la correcta”*²⁴.

Aun cuando parece ciertamente razonable, el problema que suscita esta tesis es que no puede resolver los supuestos en los que no concurre un mejor fundamento lógico o hermenéutico para determinar cuál de todas las interpretaciones posibles de un texto es la *correcta*.

Para esta situación, Bacigalupo propone trasladar el *in dubio pro reo* al campo de la interpretación del *derecho* reformulándolo como principio *in dubio pro libertate* de acuerdo con el cual la decisión en favor de una u otra interpretación debe resolverse *“en función de criterios de otro nivel...; el institucional: estamos ante un conflicto entre más o menos libertad. Nuestra decisión se apoyará en una razón institucional derivada de la jerarquía de la libertad... No es el 'sentido posible del texto' lo que dará el límite de la interpretación, sino el 'sentido más restringido del texto'”*²⁵.

²⁴ JESCHECK, Hans Heinrich; “Tratado de Derecho Penal”, 3° edición, Bosch, Barcelona, 1978, p. 208.

²⁵ BACIGALUPO, Enrique, “La garantía del principio de legalidad y la prohibición de analogía en el derecho penal” en *Principios constitucionales del derecho penal*, ps. 95/96, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.



Resulta claro que de seguirse la pauta de orientación que propone este criterio hermenéutico, la conclusión que se impone es la exclusión de la bicicleta como objeto de la norma.

Consecuentemente, por todo lo ya dicho, y porque esta decisión es la que mejor se ajusta a una interpretación basada en los principios que informan el derecho penal –*mínima intervención* y utilización del derecho penal como *última ratio*– considero que el hecho debe ser subsumido en el tipo de hurto simple en grado de tentativa previsto en los arts. 42 y 162, del Código Penal, descartándose la aplicación del tipo penal previsto en el art. 163, inc. 6°, CP.

5.2. Por los motivos expuestos, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación, casar la sentencia y establecer la calificación legal del hecho como hurto simple en grado de tentativa (art. 42 y 162, CP).

Mensuración de la pena

6. Al graduar la pena, el juzgador valoró como agravantes: la nocturnidad; que durante la huida Maldonado Fuertes avanzó en sentido contrario al tránsito vehicular; el perjuicio ocasionado al damnificado, quien utilizaba la bicicleta para trabajar y como consecuencia del hecho estuvo sin poder realizar sus tareas, con una consecuente merma a sus ingresos; la “*repetición delictual del imputado*”; y, que, pese a que se encuentra en el país hace años, no regularizó su situación migratoria.

Como atenuantes, consideró la adicción al alcohol que sufre el acusado.

6.1. La defensa se agravió del modo en que el sentenciante justipreció la pena aplicada a J. L. Maldonado Fuerte, por considerar que se había afectado el principio acusatorio y de imparcialidad, al ponderar agravantes no introducidas por el representante fiscal –la nocturnidad, el haber conducido en sentido





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

contrario de la circulación vehicular, la reiteración delictiva, su extranjería y la falta de regularización de su situación migratoria-.

Alegó que la falta de contradicción, así como de congruencia entre la pretensión articulada por el acusador y lo decidido en la sentencia, provocaba un vicio nulificante de este tramo del fallo.

Agregó que, al valorar agravantes no consideradas por la acusación pública, afectó la igualdad de armas y justificó de ese modo la excesiva pretensión punitiva de la fiscalía –el doble del mínimo legal de la calificación escogida-.

6.1.1. Luego, al emprender la crítica directa contra las pautas gravosas consideradas, expresó:

a. Sobre la nocturnidad, dijo que la sentencia no explicó por qué ese dato se traducía, en el caso, en un injusto mayor. Arguyó que ningún elemento de juicio permitía afirmar que Maldonado Fuertes se haya aprovechado de la oscuridad para procurar su impunidad, ya que no cometió el delito en un lugar donde ello pudo haber tenido cierta relevancia (un campo, un parque poco iluminado u otro lugar que solo cuente con luz natural). Agregó que la nocturnidad no se tradujo en una falta de auxilio por la escasa presencia de personas, sino que, por el contrario, la intervención policial fue rápida. Recalcó que el suceso no tuvo lugar en un horario en el que se pudiera esperar que la calle estuviera desierta, sino que fue cerca de las 21 h., en una zona de la ciudad densamente poblada.

b. En cuanto a la conducción en sentido contrario a la circulación vehicular, dijo que ello sólo *“implicó un peligro eventual que no se concretó en ningún daño”*. Resaltó que, en todo caso, la puesta en peligro fue para el propio imputado, atento a la escasa capacidad lesiva y poca velocidad que puede alcanzar una bicicleta.

c. Acerca de la *“condición de trabajador de lavíctima”* –única pauta expresada por el fiscal-, la defensora sostuvo



que, para justificar su apreciación como agravante, debió haberse probado el conocimiento y la voluntad que el imputado pudo tener –o no– sobre tal extremo. Y remarcó que no se había podido comprobar que Maldonado Fuertes conociera tal calidad del damnificado o la de instrumento laboral de la bicicleta sustraída, ya que ni su dueño ni el objeto tenían alguna caracterización que le hubiera permitido al imputado conocer tal carácter.

Además, en cuanto a la valoración del juez de grado relativa a que el hecho tuvo como consecuencia que S. Zelaya no pudo utilizar la bicicleta para trabajar mientras duró el procedimiento (secuestro y devolución), la recurrente afirmó que, si se consideraba que *“...los tipos penales están contruidos sobre la noción de bien jurídico, en la que el resultado incorpora a la descripción misma de la conducta prohibida, parece razonable pensar que el ilícito propio de estos delitos está pensado para los casos en los que el bien jurídico se pierde definitivamente”*. Así, concluyó que *“...la punición del hurto implica la pérdida de la cosa objeto de aquel”*.

d. En cuanto a la reiteración delictiva, dijo que tal valoración vulneraba los principios de culpabilidad y de derecho penal de acto.

Agregó que, en un caso en el que también se imponía la declaración de reincidencia, tal agravante se traducía en una afectación al principio de *ne bis in ídem*.

e. Respecto de la condición de extranjero de J. L. Maldonado Fuertes y la falta de regularización de su situación migratoria, alegó que ello, lejos de ser tomado como agravante, debió servir de atenuante, atento al grado de vulnerabilidad que refleja la cuestión. En ese sentido, destacó las múltiples restricciones que implica para la persona migrante el no tener regularizada su situación, frente al mercado laboral, el sistema de salud y educativo.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

Asimismo, con cita de un trabajo académico del propio sentenciante, expresó que debían t0.se a favor del imputado las circunstancias que hacen al sujeto vulnerable frente al sistema penal.

6.1.2. Por último, la defensa consideró que el *a quo* no había valorado distintas atenuantes invocadas por esa parte.

En ese sentido, destacó lo relativo al consumo de alcohol previo al hecho imputado, circunstancia que consideró decisiva para establecer el grado de culpabilidad de Maldonado Fuertes. Sobre este aspecto, destacó que la sentencia no negó el consumo previo de alcohol por parte del acusado; y recordó que *“la posibilidad de dirigir sus acciones en base a la comprensión de la criminalidad es sensiblemente menor respecto de quien ha consumido alcohol por cuanto su juicio de valor sobre lo que realizaba se encontró afectado por sus efectos”*.

Alrededor de esa temática, subrayó que también debió ponderarse la voluntad expresada por el imputado de recibir un tratamiento por su adicción al alcohol.

Por otro lado, se refirió al pedido de disculpas efectuado por Maldonado, lo que –a su juicio– debió ser considerado al mensurar la pena, en razón del *“arrepentimiento sincero”* expresado.

La defensora reclamó también una atenuación de la sanción con base en la situación socioeconómica de vulnerabilidad que atraviesa a su asistido, dentro de la cual destacó su escasa formación y la imposibilidad de contar con un DNI.

Finalmente, recordó que en sus alegatos se refirió a la *“escasa trascendencia de los hechos”*, que no implicó un despliegue de violencia sobre las personas y en el que la bicicleta fue recuperada intacta.

Por todo lo expuesto y ante la eventualidad de que se recogiera su planteo relativo a la calificación legal, solicitó que se reduzca la pena en forma proporcional a la dosificación exteriorizada



por el fiscal (el doble del mínimo del delito de hurto agravado) y se imponga una igual al doble del mínimo legal previsto para el delito de hurto simple tentado.

6.2. Los arts. 40 y 41, CP mandan a observar distintas circunstancias de interés que, verificadas, permiten determinar la magnitud de la sanción punitiva aplicable al caso.

Bajo la terminología de “agravantes” y “atenuantes” se ordena reflexionar sobre dos cuestiones trascendentales para el juicio de culpabilidad como último escalón de la teoría del delito.

La primera es: “¿Cuál es el hecho por el que estoy juzgando al autor?”

En ese análisis, se deben ponderar todas las circunstancias relevantes que coadyuven a dilucidar la extensión del daño, los medios empleados y los peligros generados en consecuencia.

De tal suerte, la respuesta que se obtenga servirá para determinar la culpabilidad por el injusto cometido, representando éste el límite máximo de monto de pena a imponer.

El S. interrogante que surge de las disposiciones mencionadas es: “¿Cuáles fueron las posibilidades concretas del sujeto reprochado para motivarse en la norma?”

En esta instancia deben valorarse todas las cuestiones subjetivas del autor que colaboren en el análisis acerca de si el hecho, con las dimensiones y particularidades obtenidas del abordaje de la primera cuestión mencionada, tuvo lugar pese a la existencia de asequibilidad normativa.²⁶

De ese examen sólo pueden surgir cuestiones relevantes que sirvan como parámetro para determinar si, de acuerdo a las circunstancias personales del individuo, se puede concluir que existía una menor capacidad de adecuarse a la norma. Si así fuera, el reproche por el injusto tendrá que ser atenuado.

²⁶ En este punto, ver Roxin, Claus; Derecho Penal, Parte General, T I; Civitas, Madrid, p. 807.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

Esta lógica resulta en un todo compatible con el principio de reserva consagrado en el art. 19, CN, pues no se puede imponer una pena en razón de lo que la persona es, sino en razón de lo que hizo.

Resuelto ese marco de culpabilidad como reproche individualizado al autor del injusto, luego quedarán por resolver los asuntos atinentes a la prevención especial que, eventualmente y si existieran, también serán de utilidad para disminuir el *quantum* punitivo.

6.3. Bajo esos lineamientos, procede ahora la revisión de los agravios introducidos.

A propósito de la crítica vinculada con que el juez de grado ponderó circunstancias que no fueron invocadas por el Ministerio Público Fiscal, ya he tenido oportunidad de expedirme en reiteradas oportunidades.

Así, en los precedentes “**Medina**”²⁷, “**González**”²⁸ y “**Gelersztejn**”²⁹ dejé sentado que, a los fines de la determinación de la pena, todo aquello que surja de la plataforma fáctica es susceptible de valoración por parte de los jueces. En sus alegatos, las partes pudieron expresarse sobre los atenuantes y agravantes aplicables, que en el caso emergen –en su mayoría– de las circunstancias propias del hecho debatido en la audiencia y forman parte de la naturaleza de la acción y la extensión del daño causado, con lo cual se descarta la sorpresa planteada por la defensa.

Sentado ello, y en línea con los preceptos vertidos en el punto anterior, se verifica que, para dar respuesta a la primera de las preguntas señaladas en el punto anterior, el juez consideró la nocturnidad, el que la sustracción se produjo sobre un bien que el

²⁷ Cfr. causa “Medina, Lucas s/recurso de casación”, n° 1773/2012, rta. 3/09/15, reg. n° 406/2015.

²⁸ Cfr. causa “González, Mario Israel s/recurso de casación”, n° 28699/2015, rta. 23/02/17, reg. n° 112/2017.

²⁹ Cfr. causa “Gelersztejn s/recurso de casación”, n° 23849/2010, rta. 9/10/17, reg. n° 976/2017.



damnificado utilizaba para trabajar, que en su huida el imputado tomó una vía en sentido contrario a la circulación.

Luego, para contestar el S. de los interrogantes, ponderó en contra de Maldonado Fuertes el contar con antecedentes condenatorios y su irregular situación migratoria; y, en su favor, la adicción al alcohol que padece.

Pues bien, respecto de las tres primeras pautas señaladas como agravantes, considero que ha sido correcta la valoración realizada por el juzgador, por cuanto tales extremos ingresan dentro de la categoría de la *naturaleza de la acción y la extensión del daño causado*, previstas en el art. 41, CP.

La nocturnidad, por su parte, fue correctamente distinguida como agravante, conforme al precedente “**González**” –ya citado– y “**Testa**”³⁰ (entre muchos otros). El simple hecho de que de noche circule menos gente por la vía pública, facilita la empresa criminal, pues así resulta más improbable que se escuchen eventuales pedidos de auxilio y a la vez se dificulta la persecución de los participantes en el hecho, cuya huida podría verse favorecida por la oscuridad. Y si bien es cierto que a las 21:40 h. las probabilidades de éxito son quizás menores que las de un suceso acaecido durante la madrugada, aún es posible valorar la ventaja relativa existente respecto de un hipotético ilícito cometido en horario diurno.

Lo relativo a la circulación del imputado en sentido contrario al tránsito vehicular también fue adecuadamente ponderado, por cuanto el peligro causado es uno de los criterios receptados en el art. 41, CP. La alegación de la parte de que, al conducir una bicicleta, el imputado se exponía a un riesgo mayor para sí, no obtura la posibilidad de valorar el potencial peligro para terceros y los inconvenientes que apareja un siniestro vial.

30 Cfr. causa “Testa, L. A. s/recurso de casación”, n° 14622/2015, rta. 27/11/17, reg. n° 1224/2017.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

En lo que respecta a la calidad de la víctima y del instrumento objeto del ilícito, utilizado para trabajar, cabe descartar la crítica de la recurrente relativa a que era necesario comprobar el conocimiento que el imputado tuvo acerca de que S. Zelaya era un repartidor –lo que en el caso negó ante la falta de signos propios de esa actividad en el damnificado y en la bicicleta–. En la sentencia se subrayó que, como consecuencia del delito, el damnificado estuvo sin poder trabajar unas horas, lo que produjo una merma en sus ingresos. Así apreciada, dicha circunstancia responde a la *extensión del daño causado*, pauta prevista en la norma de fondo, por lo que la parte no logra demostrar error alguno en la aplicación de la ley.

Distinto temperamento cabe en cuanto a la *“reiteración delictiva”* ponderada por el juzgador.

Es que, tal como sostuve en los precedentes **“Soplan”**³¹ y **“Pizzuto”**³² de esta Cámara –en los que se aludió a la doctrina emanada de los fallos **“Gramajo”**³³ y **“Maldonado”**³⁴ y a los que me remito en honor a la brevedad–, el límite máximo de la pena a imponer en el caso concreto está dado por la culpabilidad del autor a raíz del injusto cometido.

Por ello, considero que la agravante mencionada debe descartarse, a la luz del principio de culpabilidad y de acto.

Por iguales razones, ha sido incorrecta la valoración negativa acordada a la irregular situación migratoria del imputado, que confronta también con los principios recién nombrados. En todo caso, bajo la debida justificación, dicha pauta puede ser considerada en la evaluación de riesgos procesales en trámites liberatorios, más no guarda relación alguna con la culpabilidad por el ilícito cometido.

31 Cfr. causa “Soplan, Aldo Javier s/recurso de casación”, n° 23135/2014, rta. 17/10/16, reg. n° 820/2016.

32 Cfr. causa “Pizzutto, Lucas Damián s/recurso de casación”, n° 38327/2014, rta. 3/11/16, reg. n° 876/2016.

33 Cfr. CSJN, “Gramajo”, Fallos 329:3680.

34 Cfr. CSJN “Maldonado, D. Enrique”, rta. 7/12/05.



Por último, en cuanto a las atenuantes reclamadas por la defensa, caben las siguientes consideraciones.

Respecto del pedido de disculpas y el arrepentimiento de Maldonado Fuertes, tal como se señaló en el caso “**Maza**”³⁵, dicha pauta no aparece contenida en el art. 41, CP, por lo que su inobservancia por el tribunal oral no se traduce en un error o arbitrariedad alguna.

En lo referido a la denominada “*escasa trascendencia de los hechos*”, la parte tampoco justifica por qué ello debería traducirse estrictamente en un atenuante. A lo sumo, el escaso despliegue de violencia y la recuperación del bien afectado, habrán de determinar que, al ponderar la extensión del daño causado, la dosificación dentro de la escala legal aplicable no se separe en demasía de los márgenes inferiores.

Por otro lado, considero que la valoración realizada en la sentencia respecto de la adicción al alcohol padecida por Maldonado Fuertes, contiene de manera suficiente la posibilidad de que haya consumido alcohol momentos antes del hecho –aspecto considerado plausible en el fallo, pese a la ausencia de estudios médicos que lo corroboraran–.

7. La solución propuesta respecto de la subsunción legal de la conducta imponía ya la necesidad de evaluar la dosificación de una nueva sanción; se suma ahora, además, que se ha propuesto descartar dos de las agravantes consideradas por el juez de grado.

En tal ejercicio, habrá de meritarse también lo concerniente a las condiciones socio ambientales que surgen del informe respectivo de Maldonado Fuertes –entre las que se destacan su educación secundaria incompleta y el inicio de actividades laborales a temprana edad–, omitido en la justipreciación del *a quo*.

³⁵ Cfr. causa “Maza, Ernesto Rubén s/recurso de casación”, n° 6904/2014, rta. 9/6/17, reg. n° 457/2017.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

Sentado lo anterior, se destaca que la experiencia desarrollada en este tiempo, de acuerdo con lo expuesto en los precedentes “**Flores Moreno**”³⁶ y “**Herrera**”³⁷, entre muchos otros, aconsejan que sea este colegio el que resuelva la cuestión y fije la pena que corresponde en el caso, por razones de economía procesal.

Ahora bien, conforme se desprende de las constancias de autos, pese a intentarlo, no se logró llevar a cabo la audiencia del art. 41, CP con J. L. Maldonado Fuertes.

Por lo tanto, para no dilatar el trámite de la causa, en honor al mencionado principio de economía procesal, considero que conviene resolver la cuestión en forma definitiva, razón por la cual propongo al acuerdo reemplazar la audiencia del art. 41, CP, por la información que surge del informe socio ambiental –compulsado a través del Sistema de Gestión Integral de Expedientes Judiciales– y la audiencia de debate oral y público, cuyo soporte fílmico se encuentra agregado a la causa.

Concretamente, surge que J. L. Maldonado Fuertes, nacido y criado en Lima, Perú, tiene actualmente 47 años, que no completó sus estudios secundarios, que manifestó su deseo de iniciar un tratamiento por su adicción a las bebidas alcohólicas y tiene un hijo mayor de edad con quien perdió contacto luego de separarse de la madre del joven. En cuanto a su comportamiento laboral, luego de la pandemia de “COVID-19” se volcó a recolectar metales y cartones en las calles de esta ciudad.

Así, atento lo relevado, considerando la naturaleza del hecho juzgado, el daño causado, considero que corresponde aplicar a J. L. Maldonado Fuertes **la pena de tres meses de prisión**, por haber sido hallado autor penalmente responsable del delito de hurto simple en grado de tentativa.

³⁶ Sentencia del 04.09.2017, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, Reg. n° 787/2017.

³⁷ Sentencia del 14.08.2020, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, Reg. n° 2488/2020.



Reincidencia. Constitucionalidad de los arts. 14 y 50,

CP

8. Respecto de la imposición de la reincidencia prevista en el art. 50, CP, la defensa denunció una errónea aplicación de la ley sustantiva, por considerar que, por el escaso tiempo cumplido en el marco del antecedente condenatorio considerado (una pena de tres meses y ocho días de prisión dictada por el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas n° 28, en la causa n° 42797/2019), era imposible que Maldonado Fuertes haya sido incorporado al periodo de prueba del régimen de progresividad.

Así, la parte sostuvo que el tiempo de pena cumplido en calidad de condenado que habilitaba el dictado de la reincidencia era aquel que permitía el avance de aquel régimen, por implicar ello el éxito del programa de tratamiento individual impuesto al detenido.

En apoyo a su postura, citó el precedente “**Salto**”³⁸ de esta Sala; y resaltó que Maldonado Fuertes únicamente cumplió un mes en calidad de condenado, a lo que se sumaba que el juzgador no explicó por qué ese tiempo resultaba prueba de haber recibido el tratamiento indicado.

Por último, frente a la cita realizada en el fallo respecto de la opinión del juez Huarte Petite –que el sentenciante refirió para justificar la aplicación de la reincidencia con independencia del tiempo de detención sufrido–, la impugnante subrayó que el colega en cuestión reclama, de todos modos, que en el marco de la actual condena se haya afectado el mismo bien jurídico atacado en la sentencia anterior. Con esa aclaración, puntualizó que en autos el bien jurídico involucrado era la propiedad, mientras que, en la causa juzgada en el fuero penal y contravencional de la ciudad, se condenó a

³⁸ Cfr. causa “Salto, Héctor Eudoro s/recurso de casación”, n° 18645/2012, rta. 27/8/15, reg. n° 374/2015.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNCI

Maldonado Fuertes por el delito de lesiones leves y resistencia a la autoridad.

8.1. Por último, la defensa tachó de inconstitucional los arts. 14 y 50, CP, por vulnerar los principios de derecho penal de acto, culpabilidad por el hecho, igualdad ante la ley, proporcionalidad, *ne bis in ídem* y la finalidad resocializadora de la pena (arts. 16, 18, 19, y 33, CN; 10.3 y 14.7 del PIDCyP, 5.6 y 8.4 CADH y ley 24.660).

8.2. En lo que hace al planteo de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia incoado por la defensa, tal como sostuve en los precedentes “**Díaz López**”³⁹, “**Sarno**”⁴⁰, “**Medina**”⁴¹, “**García**”⁴², entre otros, nuestro máximo tribunal ya se ha pronunciado sobre la cuestión jurídica a resolver en este asunto, pues en el fallo “*Arévalo*” ratificó la constitucionalidad de la reincidencia por remisión a la doctrina permanente de ese tribunal, explicitada en “*Gómez Dávalos*” (fallos: 308:1938), “*L’ Eveque*” (fallos: 311:1451) y “*Gramajo*” (fallos: 329:3680), aún después de que adquirieran rango constitucional las reglas establecidas en el art. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP.

Por lo tanto, las objeciones introducidas por el recurrente ya han sido materia de análisis de nuestro más Alto Tribunal que como intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes subordinadas a aquélla, ha sostenido que su contenido en nada vulnera las garantías constitucionales cuestionadas por la parte (fallos 308:1938).

Sobre esta base, corresponde rechazar el recurso de casación con relación al presente agravio.

³⁹ Cfr. causa “Díaz López, Juana del Carmen s/recurso de casación”, n° 71273/2014, rta. 14/10/16, reg. n° 811/2016.

⁴⁰ Cfr. causa “Sarno, Cristóbal Fayek s/recurso de casación”, n° 49723/2013, rta. 8/10/15, reg. n° 535/2015.

⁴¹ Cfr. causa “Medina, Lucas s/recurso de casación”, n° 17733/2012, rta. 3/9/15, reg. n° 406/2015.

⁴² Cfr. causa “García, Oscar Efraín s/recurso de casación”, n° 19797/2008, rta. 18/9/15, reg. n° 471/2015.



8.3. En lo que respecta a la inconstitucionalidad del art. 14, CP, más allá de mi postura al respecto y que el planteo de la parte abordó en forma genérica el asunto –el cual se dirigió casi íntegramente a cuestionar la aplicación del art. 50, CP–, advirtiéndose que la pena impuesta en autos ha sido agotada, el agravio vinculado con el obstáculo previsto en la norma de referencia se ha tornado abstracto.

8.4. Por último, resta abordar el agravio relativo a los requisitos que, según sostiene la recurrente, deben concurrir para poder aplicar el instituto de la reincidencia.

La cuestión traída a estudio por la defensa fue expresamente resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938). En lo que aquí interesa, allí se dijo:

“5°) Que, a juicio del Tribunal, el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida.

“Es suficiente, entonces, contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de libertad, *independientemente de su duración*, ya que el tratamiento penitenciario es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena. Es cierto que podrían presentarse supuestos extremos en los que la escasa magnitud de la pena cumplida ofreciera alguna dificultad en la solución, pero esta hipótesis no pasó por alto en el debate parlamentario, donde el senador De la Rúa expresó:





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNCI

‘Entendemos que esto no es del todo claro para ciertas situaciones intermedias, límites o excepcionales cuando, por ejemplo, el tiempo de cumplimiento parcial es muy breve, casi insignificante. Con todo, *reafirma el sistema de reincidencia real que se adopta*. Hay que reconocer que el juez puede tener cierta elasticidad para situaciones excepcionales cuando, por ejemplo, se trata de una diferencia de un solo día o incluso pocos días de prisión...’ (Diario de Sesiones de la H. Cámara de Senadores de la Nación, 15 de febrero de 1984, pág. 578).

“6°) Que, sin dejar de recordar que la norma no ha impuesto un plazo mínimo de cumplimiento efectivo, dando lugar a que el intérprete establezca su alcance, corresponde puntualizar que esta Corte no comparte la interpretación propuesta por la defensa porque ella conduciría prácticamente a eliminar la reincidencia de nuestro derecho positivo (...).

“(...) Por otra parte, si la reincidencia dependiera de la existencia de suficiente tratamiento anterior, podría discutirse siempre no sólo la circunstancia misma de la efectiva aplicación de dicho tratamiento en el caso, sino también su idoneidad a los fines de la resocialización del individuo en particular, con lo que se desvirtuaría el régimen de la ley, *que ha considerado suficiente el dato objetivo de la condena anterior*, con el único requisito de que haya mediado cumplimiento total o parcial” (sin bastardilla en el original).

“La tesis de la Corte, conforme a la cual el solo dato objetivo de la condena anterior resulta suficiente para concluir que concurre el requisito de cumplimiento parcial de la pena anterior, sin condicionamientos vinculados a un tiempo de duración específico o a un avance determinado en el tratamiento penitenciario, fue ratificada, dos años después de “Gómez Dávalos”, en “Gelabert” (Fallos 311:1209), fallo en el que se reiteró el criterio según el cual sólo se



requiere “el antecedente objetivo de que la haya cumplido total o parcialmente, independientemente de su duración”.

Sobre esta base, y toda vez que, como afirmó el *a quo* y reconoce expresamente la defensa, Maldonado Fuertes cumplió pena privativa de libertad como condenado en el marco de la pena devtres meses y ocho días de prisión dictada por el Juzgado Penal, Contravencional y de Faltas n° 28, en la causa n° 42797/2019; y cometió, a su vez, el suceso aquí juzgado dentro del plazo previsto en el art. 50, CP, corresponde concluir que ha sido correcta la interpretación del *a quo*, ya que ha existido cumplimiento parcial de la pena privativa de libertad en los términos del art. 50, CP y, por añadidura, es correcta la declaración de reincidencia del acusado.

Por ello, considero que debe rechazarse el agravio en cuestión.

9. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo: **I. HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación interpuesto por la defensa, **CASAR** la sentencia y **MODIFICAR** el encuadre legal del hecho juzgado por el de hurto simple en grado de tentativa, previsto en los arts. 42 y 162, del Código. **II.** En razón del nuevo encuadre legal y lo dicho en los puntos “6.3 y 7”, **FIJAR** la sanción correspondiente a J. L. Maldonado Fuertes en **TRESMESES DE PRISIÓN** y costas (arts. 40, 41, 42, 45, 162, CP, y arts. 456 inc. 1°, 465, 468, 469, 470). **III. RECHAZAR** los restantes agravios introducidos (arts. 34, inc. 1°, 50, CP; 470, 471 *-a contrario sensu-*, 474 y 475, CPPN). Sin costas (arts. 530 y 531, CPPN).

El juez Horacio L. Días dijo:

I. Tal y como debidamente se resumió en el voto que lidera el acuerdo cuatro han sido los agravios esgrimidos por la asistencia técnica de J. L. Maldonado Fuertes. En efecto, el recurrente objetó que el tribunal de grado haya rechazado el planteo de inimputabilidad presentado en sus alegatos sobre la base del estado





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

de ebriedad en el que se encontraba Maldonado al momento de ser detenido; que haya subsumido el hecho en la figura de hurto agravado (art. 163, inc. 6, CP) en lugar de hacerlo en la figura básica de hurto simple; la valoración de las circunstancias agravantes y atenuantes llevada a cabo en la sentencia y la aplicación del instituto de la reincidencia, respecto de lo cual planteó, subsidiariamente, la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50, CP.

1. En lo que hace al primer punto de agravio, coincido con el juez Morin en que el planteo fue correctamente abordado en la sentencia condenatoria, en la que, como señaló mi colega, el rechazo del planteo de inimputabilidad se sustentó, principalmente, en el informe médico legista realizado cuatro horas y media después del hecho en el que se asentó que Maldonado Fuertes se hallaba “*vigil, orientado en tiempo y espacio, colaborador, tranquilo. Conciencia de actuación y estado...*” y en el examen de la conducta desarrollada por el acusado al cometer el ilícito. Concretamente, el juez de gado valoró que el encausado se subió a la bicicleta y pedaleó unas cuadas a velocidad hasta ser detenido, lo que, como se destacó en el voto que antecede, exige el correcto funcionamiento de un número de aptitudes y capacidades –equilibrio, coordinación intra e intermuscular, ubicación espacial, entre otras–.

Además, como señaló el juez Morin, el *a quo* ponderó que al momento de la detención Maldonado brindó sus datos personales y entendió que ello era demostrativo de un estado de lucidez suficiente (aclarando que la circunstancia de haber dicho que se encontraba en situación de calle, en vez de informar su domicilio, no permitía inferir un estado de inimputabilidad).

A propósito de los cuestionamientos de la defensa, cabe aclarar que no se soslaya lo referido por el damnificado en cuanto a que advirtió que el imputado estaba “*tomado o drogado*” y que justificó esa observación “*por la manera en que actuaba*” ni lo



mencionado por el preventor Piciana en cuanto expresó que Maldonado estaba “*un poco perdido*” y que había “*momentos en los que hablaba bien y momentos que no*, pero se coincide con el juez de grado y con el voto preopinante en que tales observaciones no alcanzan a contrarrestar la prueba mencionada anteriormente que da cuenta que el encausado comprendía la criminalidad de su conducta y que actuó conforme a ello.

Finalmente, debo señalar que el razonamiento desarrollado por el *a quo* se encuentra en línea con el criterio que, sobre la materia, he adoptado en las causas “**Osuna**”⁴³, “**Cardozo Ortega**”⁴⁴, “**Ochoa Quispe**”⁴⁵ y “**Beloso**”⁴⁶ en las que señalé que lo determinante en este punto es examinar el comportamiento del sujeto durante la comisión del hecho, el que, en este caso -como ya se dijo- resulta suficientemente demostrativo de su capacidad de culpabilidad. Por lo que, en definitiva, coincido con el juez Morin en el rechazo del planteo de inimputabilidad.

2. Disiento, sin embargo, con la solución a la que arriba respecto del S. punto de agravio, pues, en lo que hace a la interpretación de la norma del art. 167 inciso cuarto, CP y los alcances del principio de legalidad, tengo postura ya tomada en cuanto a que la bicicleta es un vehículo y, por tanto, cuando el delito contra la propiedad tiene por objeto una de éstas dejada en la vía pública resulta adecuado subsumir el caso en el tipo penal agravado (ver, en este sentido, precedentes “**Medrano**”, “**Mosquera Ramírez**” y “**Godoy**”, entre otros).

En efecto, en el primero de los precedentes citados adherí al voto del juez Sarrabayrouse, en donde, tras un análisis pormenorizado de la cuestión se pudo advertir que todos los métodos

43 causa n° 73.980/2013, caratulada “Osuna, Gabriel Ignacio s/ recurso de casación” (Reg. n° 1145/2017)

44 Sentencia del 6.8.18, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 910/18.

45 Sentencia del 31.10.18, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 1388/18

46 a causa n° CCC 40967/2009/T02 caratulada “Gustavo Enrique Beloso s/ recurso de casación” (reg. n° 1859/2021)





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

de interpretación aplicables–gramatical, histórico, teleológico y sistemático– llevaban a concluir que la bicicleta es un vehículo. De hecho, en el mismo fallo se destacó que el art. 5 de la Ley Nacional de Tránsito 24.449 (según modificación introducida por la ley 25.965) define a la bicicleta como “...vehículo de dos ruedas que es propulsado por mecanismos con el esfuerzo de quien lo utiliza, pudiendo ser múltiple de hasta cuatro ruedas alineadas...” y también se puso de resalto que las ciclovías son precisadas por el legislador como: “carriles diferenciados para el desplazamiento de bicicletas o vehículo similar no motorizado, físicamente separados de los otros carriles de circulación, mediante construcciones permanentes”; por lo que no cabe ninguna duda de que la bicicleta se encuentra alcanzada por el término vehículo.

En función de lo expuesto, atento la inexistencia de nuevos argumentos que permitan conmovir los fundamentos expresados en ese precedente, voto por rechazar este agravio y confirmar la decisión impugnada en cuanto calificó el hecho como hurto de vehículo dejado en la vía pública.

3. En lo que hace a las críticas dirigidas a los elementos ponderados en la graduación de la pena, coincido con el juez Morin en que la valoración de la nocturnidad y la conducción de la bicicleta a contramano del tránsito vehicular, resultan pautas ajustadas a las establecidas en los arts. 40 y 41, CP en tanto se refieren a la naturaleza de la acción y la extensión del peligro causado.

En particular, en lo que hace a la nocturnidad, en la causa “**Gadda Torrens**”⁴⁷ señalé que la menor circulación de gente en horas de la noche facilita la concreción del ilícito, desde que la maniobra pasa inadvertida a la vista de terceros, provocando, a su vez, una mayor intimidación en la persona de la víctima. Luego, en lo atinente a la conducción antirreglamentaria de la bicicleta coincido con el

⁴⁷ Causa n° CCC 28658/2015/TO2/CNC2, caratulada “Gadda Torrens, Diego Martín S/ Recurso de casación (Reg. 3508/2020)



colega que me precede en voto en que la alegación de la parte de que, al conducir una bicicleta, el imputado se exponía a un riesgo mayor para sí, no descarta la posibilidad de valorar el peligro potencial para terceros.

Asimismo, como señaló el colega Morin la posibilidad de valorar el perjuicio ocasionado al damnificado, quien utilizaba la bicicleta para trabajar y como consecuencia del hecho estuvo sin poder realizar sus tareas, con una consecuente merma a sus ingresos, se encuentra prevista en la normativa mencionada que contempla posibilidad de valorar la extensión del daño causado, por lo que no hay dudas que debe ser convalidada.

Corresponde aclarar que el hecho de que tales pautas no hayan sido consideradas en el alegato fiscal, no tiene ninguna incidencia, pues, como se dijo en los precedentes “**Rojas**”⁴⁸ y “**Meza**”⁴⁹ no hay regla específica en el derecho positivo ni jurisprudencia vinculante, que impida al tribunal considerar agravantes que surjan de los propios hechos; como son las consideradas en este caso.

También coincido con el juez que lidera el acuerdo en descartar la ponderación de la “repetición delictiva” aunque por motivos distintos a los enunciados en su voto. Es que, advierto que en el presente caso esa circunstancia ya se encuentra sopesada en la sentencia, a través de la declaración de reincidencia (ver en este sentido precedente “**Rivas**”⁵⁰ y “**Benítez**”⁵¹). Sobre el particular, se ha dicho que “...en la medida en que el factor reincidencia ya fue tomado en cuenta por el legislador para agravar la ejecución de la pena, en virtud de la imposibilidad de obtener la libertad condicional por aplicación del art. 14, no podría agravarse nuevamente con el

48 Causa n° CCC 55741/2015/CNC1, caratulada “ROJAS, A. y otros s/ recurso de casación” rta. el 29.8.17 (Reg. n° 740/2017)

49causa n° 35828/2016/T01/CNC1 caratulada “Meza, Leandro s/ recurso de casación” (Reg. 1306/2019)

50 Sentencia del 21.05.2018, registro n° 559/2018, Sala II, jueces Días, Sarrabayrouse y Morin.

51 Sentencia del 7.09.2018, registro n° 1088/2018, Sala II, jueces Días, Sarrabayrouse y Morin.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNCI

mismo fundamento la pena, para disponer un monto más alto o una forma de ejecución más estricta, al aplicar el art. 41...”.

Por ello, pese a que, desde mi perspectiva, resulta plausible la consideración de los antecedentes condenatorios en ciertos casos⁵², no corresponde sea valorada en supuestos como el de autos, en donde en la misma sentencia se resolvió declararlo reincidente, pues, como se explicó en el caso “Gadda Torrens” ya citado, en éstos, su ponderación conlleva una doble valoración, contraria al principio *ne bis in ídem*

De la misma manera, concuerdo en descartar la ponderación, como agravante de la pena, de la situación migratoria irregular del imputado, la que, como señaló el juez Morin, eventualmente -bajo la debida justificación- puede ser considerada en la evaluación de riesgos procesales en trámites liberatorios, más no al momento de analizar la culpabilidad por el ilícito cometido.

En lo que hace a las atenuantes, comparto las consideraciones desarrolladas en el voto que antecede respecto de los agravios incoados por el impugnante y en la necesidad de considerar, además de la adicción al alcohol ya contemplada en la sentencia, el grado de instrucción y la situación socio económica del acusado, incluyendo su inserción en el mercado laboral a una temprana edad.

Y si bien, a diferencia de lo postulado en el voto que antecede, entiendo que corresponde mantener la calificación legal escogida en la sentencia condenatoria de hurto agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública, la supresión de las agravantes mencionadas conlleva la necesidad de fijar una nueva sanción acorde con las pautas agravantes y atenuantes que se tuvieron por convalidadas. Coincido también con el juez preopinante en que la experiencia ha demostrado la conveniencia de que dicha tarea se lleve

⁵² cfr. causa “González y López” (Sentencia del 20.3.19, Sala II, jueces Días, Morin y Sarabayrouse, registro n° 265/19) entre otras.



a cabo en esta instancia y que sea este colegio el que resuelva la cuestión y fije la pena que corresponde en el caso.

Por lo que, considerando lo que surge del informe socio ambiental del imputado y del registro audiovisual de la audiencia de debate –en virtud de no haberse podido llevar a cabo la audiencia del art. 41, CP, conforme lo explicado en el punto “7” del voto del juez Morin– a la luz de las pautas agravantes y atenuantes ya mencionadas, referidas a la naturaleza del hecho juzgado y la extensión del daño causado y las condiciones subjetivas de Maldonado estimo apropiado aplicar a J. L. Maldonado Fuertes **la pena de SIETE MESES de prisión**, por haber sido hallado autor penalmente responsable del delito de hurto agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa.

4. Respecto de la aplicación del art. 50, CP advierto que las consideraciones volcadas en la sentencia de condena, se encuentran en línea con la postura que he venido sosteniendo ya desde mi condición de juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal n° 21 de esta ciudad capital, en los precedentes “Vargas, Silvio Alfredo” (causa n° 3384) de fecha 23 de marzo de 2010, “Alani, Mariano” (expediente n° 3309) datado el 3 de mayo de igual año y “Contreras, Rafael Eduardo” (sumario n° 3599) del 15 de diciembre de ese mismo año, entre otros, en los que indiqué –tal y como lo hizo el magistrado de grado– que de acuerdo a la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 308:1938, a los efectos de poder declarar reincidente a un condenado (cfr. art. 50, CP) resulta suficiente contar con el antecedente objetivo de que la pena anterior se haya cumplido total o parcialmente, con independencia de su duración; es decir, del tiempo que haya implicado su encierro; postura que he mantenido invariable a lo largo del tiempo y que ratifiqué





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

como miembro de esta cámara en las causas “**Rivas**”⁵³ “**Maltez y Engler**”⁵⁴ “**Castilla Martínez**”⁵⁵, entre muchas otras.

Tal extremo, se encuentra suficientemente acreditado en autos, pues, de acuerdo con lo sostenido en el pronunciamiento impugnado –y no fue objeto de controversia- la condena anterior fue dictada el 19 de noviembre de 2019 y Maldonado recuperó su libertad el día 19 del mes siguiente, por agotamiento de pena, mientras se hallaba bajo el régimen de condenados; por lo que resulta aplicable el art. 50, CP.

5. Finalmente, en lo que hace al planteo de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia advierto que la cuestión resulta sustancialmente análoga a la tratada en la causa “Olea”, entre muchas otras, por lo que me remito a la fundamentación allí desarrollada, especialmente, en cuanto destaqué lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), al fallar en el caso “Arévalo” (A. 558. XLVI, recurso de hecho “Arévalo, Martín Salomón s/ causa 11.835”, fechada el día 27 de mayo de 2014), en donde ratificó antigua jurisprudencia que sostenía la constitucionalidad del instituto de la reincidencia y su incidencia con lo previsto en el art. 14 del CP (así lo hizo mediante remisión a los precedentes “Gómez Dávalos” –Fallos 308:1938–, “L’Eveque” – Fallos 311:1451– y “Gramajo” –Fallos 329:3680–), ponderando asimismo el bloque constitucional incorporado en la reforma de nuestra Carta Magna Nacional acaecida en 1994 y sentando un holding que debe acatarse en la medida en que no se desarrollen nuevos argumentos que permitan dejarlo de lado. En el caso, la asistencia técnica de Maldonado no ha presentado, oportunamente, fundamentos nuevos que permitan superar lo decidido por la CSJN,

53 “Rivas, Matías Nicolás s/ recurso de casación”, Sentencia del 21.05.2018, registro n° 559/2018, Sala II, jueces Días, Sarrabayrouse y Morin.

54 “Maltez, Jonathan Ezequiel y Engler, Ricardo Juan s/recurso de casación”, causa CCC 3447/2016/TO1/CNC2, Registro n° 706/2017, fechado el 23 de agosto de 2017

55 “Castilla Martínez, Diego David s/ recurso de casación, causa n° 33023/2017/TO1/CNC1, reg. n° 225/2019 del 14 de marzo de 2019.



por lo que corresponderá rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 50, CP.

Por lo demás, en lo que respecta a la inconstitucionalidad del art. 14, CP lleva razón el magistrado preopinante al señalar que, independientemente de la postura que se tenga al respecto y de que el planteo ha sido presentado en forma sumamente genérica, ante el agotamiento de la pena verificada en el caso, el agravio referido al obstáculo previsto para el acceso al instituto de la libertad condicional para los reincidentes se ha tornado abstracto.

En consecuencia, entiendo que corresponderá rechazar el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50, ambos del CP y confirmar la declaración de reincidencia.

II. En función de las consideraciones desarrolladas precedentemente, propongo hacer lugar al recurso de casación únicamente en lo que hace al cuestionamiento introducido respecto de la dosificación de la pena, la que corresponderá fijar en **SIETE MESES de prisión de efectivo cumplimiento**, y rechazar el recurso de casación en lo que hace a los restantes motivos de agravio, sin costas (arts. 34, inc. 1°, 41, 42, 44, 50 y 163, inc.6, CP y arts. 456 inc. 2°, 470, 471 *-a contrario sensu-*, 474 y 475 530 y 531, CPPN).

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta en el voto del juez Morin en lo referente a los agravios vinculados con la aducida inimputabilidad de Maldonado Fuertes por la ingesta de alcohol. Me remito para eso a los lineamientos desarrollados en el precedente **“Castañeda Chávez”**⁵⁶ y también en **“Cardozo Ortega”**⁵⁷, **“Ochoa**

⁵⁶ Sentencia del 18.11.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 670/15.

⁵⁷ Sentencia del 6.8.18, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 910/18.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNCI

Quispe⁵⁸, **Novo Rey**⁵⁹, **Ramos**⁶⁰, **Quintana Cabanillas**⁶¹, **Lucero**⁶², **Asmundo**⁶³ y **Villegas**⁶⁴ (entre otros) en torno a la aplicación del art. 34 inc. 1°, CP y al alcance de ciertas acciones que no pueden ser consideradas como automatizadas y que exigen una conciencia de la situación en que se desarrollan.

2. En lo relativo a la crítica contra la calificación legal asignada en la sentencia (art. 163 inc. 6°, CP), adhiero al voto del juez Días (punto I.2) por compartir sus conclusiones.

En efecto, la fundamentación de la sentencia en este aspecto es correcta y coincide con los criterios expuestos en los casos **Medrano**⁶⁵, **Aguirre**⁶⁶, **Taboada y otros**⁶⁷, **Mosquera Ramírez**⁶⁸ y **Ramírez**⁶⁹, a cuyo desarrollo me remito. Allí sostuve, en síntesis, que todos los métodos de interpretación de la regla jurídica aplicable al caso conducían a concluir que *la bicicleta es un vehículo*. También destacué que la existencia de interpretaciones diferentes sobre el punto tanto en la doctrina como en la jurisprudencia no conduce necesariamente a considerar violado el mandato de certeza pues, si se toma en serio la vaguedad y la ambigüedad del lenguaje, y ante la posibilidad cierta de que toda palabra admita más de un significado o su alcance sea impreciso, esto

58 Sentencia del 31.10.18, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 1388/18.

59 Sentencia del 17. 5.19, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 582/19.

60 Sentencia del 1.10.19, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 61 1381/19.

Sentencia del 7.11.19, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 62 1618/19.

Sentencia del 29.7.20, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 2313/20.

63 Sentencia del 7.4.21, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 437/21.

64 Sentencia del 14.10.21, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 1530/21.

65 Sentencia del 17.10.17, Sala II, jueces Sarrabayrouse y Días, registro n° 1006/17.

66 Sentencia del 14.5.19, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Días y Morin, registro n° 563/19.

67 Sentencia del 19.11.19, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 1709/19.

68 Sentencia del 5.2.20, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 92/20.

69 Sentencia del 3.3.21, Sala II, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 244/21.



llevaría a la afirmación, inadmisibles, de que *todas* las reglas penales violan el principio de legalidad.

A eso añadido que en el recurso no se alcanza a demostrar la alegación de que el vehículo no fue *dejado* en la vía pública por no haber sido perdido de vista por el damnificado. En efecto, de la propia descripción del hecho emerge que *Zelaya dejó su bicicleta en la vereda* mientras ingresó al local para cumplir con su labor, independientemente de que haya permanecido observándola desde el interior del comercio.

A raíz de lo dicho, comparto con el juez Días que debe rechazarse el agravio.

3. Concuero además con la medición de la pena propuesta por el juez Días (punto I.3), coincidente a su vez con el análisis del juez Morin respecto de las circunstancias agravantes y atenuantes del caso (incluida la exclusión de la reiteración delictiva y la situación migratoria irregular como agravantes; y la incorporación de las condiciones socioambientales emergentes del correspondiente informe como atenuantes –grado de educación y comienzo de actividad laboral a temprana edad–).

4. Finalmente, disiento con los jueces Morin y Días en lo que respecta a la aplicación del art. 50, CP.

La cuestión relativa a cuándo existe reincidencia ha sido tratada en los precedentes “Salto”⁷⁰ y “Medina”⁷¹, entre muchos otros. En el primero dije que, de acuerdo con las etapas en que se divide el régimen penitenciario según la ley 24.660, el período de prueba aparece como aquél en el que el condenado evidencia un avance en su tratamiento, pues está en condiciones de “comenzar a autogobernarse”. En efecto, el art. 50, CP no debe leerse de forma automática, sino que dependerá, en cada caso concreto, del análisis de

70 Sentencia del 27.8.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 374/15.

71 Sentencia del 3.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 406/15.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

la evolución en el sistema de progresividad del interno, qué etapa alcanzó en él, qué regímenes gozó y, en su caso, las razones por las cuales fracasó el tratamiento penitenciario.

Aquí, lo cierto es que el juez de grado no examinó los extremos apuntados antes, esto es, si en el marco de la condena que registra Maldonado Fuertes recibió tratamiento penitenciario y, de haber sido así, qué etapa alcanzó y qué regímenes gozó (esto, pese al planteo de la defensa en ese sentido, cfr. ps. 26 de la sentencia). En suma, omitió el análisis de la evolución del imputado en el sistema de progresividad de la pena, necesario para determinar si una persona es reincidente en los términos del art. 50, CP, limitándose a expresar una opinión contraria.

En este aspecto, la decisión se basó en una interpretación errónea de la ley sustantiva y también en una fundamentación incompleta, lo que torna nula la sentencia por no haber tratado una cuestión conducente para la solución del caso.

En virtud de lo dicho en esos precedentes, y en disidencia, estimo que corresponde anular la declaración de reincidencia y reenviar el caso para que se analice el punto según las pautas indicadas. Esto, a su vez, torna inoficioso el tratamiento del planteo relativo a la constitucionalidad del instituto.

5. En definitiva, concuerdo con el juez Días en hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la defensa de Maldonado Fuertes y casar parcialmente la sentencia impugnada únicamente en lo que respecta a la pena impuesta. En disidencia, considero que también corresponde anular la declaración de reincidencia del nombrado, y reenviar el caso a la instancia para el dictado de una nueva decisión sobre el punto. Sin costas (arts. 34 inc. 1°, 40, 41, 42, 44, 45, 50 y 163 inc. 6°, CP; 456 incs. 1° y 2°, 465, 468, 469, 470, 471, 530 y 531, CPPN).



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

I) Por mayoría, conformada por los jueces Días y Sarrabayrouse, **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia impugnada y **FIJAR LA PENA** correspondiente a J. L. Maldonado Fuertes en **SIETE MESES** de **prisión de efectivo cumplimiento** y costas.

II) Por mayoría, conformada por los jueces Morin y Días, **RECHAZAR** el recurso de casación en lo que hace al agravio relativo a la aplicación y constitucionalidad del instituto de la reincidencia.

III) Por mayoría, conformada por los jueces Sarrabayrouse y Días, **RECHAZAR** el recurso de casación en lo que hace al agravio relativo a la aplicación en el caso de la agravante prevista en el art. 163, inc. 6°, CP.

IV) Por unanimidad, rechazar los restantes agravios.

Rigen los arts. 34, inc. 1°, 41, 42, 44, 50 y 163, inc.6, CP y arts. 456 inc. 2°, 470, 471 *-a contrario sensu-*, 474 y 475 530 y 531, CPPN.

Regístrese, comuníquese mediante medios electrónicos al tribunal de la instancia (Acordada 15/13, CSJN; Lex 100) –que deberá notificar personalmente al imputado– y remítase el expediente oportunamente (cfr. acordadas n° 27/2020, 14/2021, 24/2021 y cc. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y Acordada n° 10/2021 de esta Cámara). Notifíquese.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

EUGENIO C.
SARRABAYROUSE

HORACIO L. DÍAS

D. MORIN





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 37833/2020/TO1/CNC1

Ante mí:

PAULA GORS
Secretaria de Cámara

