

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38884/2014/TO1/CNC1

Reg. n° 414/2015

En la ciudad de Buenos Aires, a los 03 días del mes de septiembre del año dos mil quince, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Gustavo A. Bruzzone, Eugenio C. Sarrabayrouse y Daniel E. Morin, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 277/285vta. por la defensa oficial de Marcelo Alejandro Urrutia Valencia, en la presente causa n° 38884/2014/TO1/CNC1, caratulada “Urrutia Valencia, Marcelo Alejandro s/robo agravado por arma de utilería en tentativa”, de la que **RESULTA:**

I) El pasado 11 de diciembre de 2014, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 17, integrado por los jueces Giudice Bravo, Noceti Achával y Vega, condenó a Marcelo Alejandro Urrutia Valencia a la pena de un año y seis meses de prisión como autor del delito de robo agravado por haber sido cometido con arma de utilería en grado de tentativa, con costas (arts. 29 inc. 3°, 42, 44, 45 y 166 párrafo tercero dl Código Penal y 403, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación). Asimismo, lo declaró nuevamente reincidente (art. 50, CP) y dispuso decomisar la pistola de plástico con la inscripción “Yesheng Toys” (art. 23. CP), como *casa* que sirvió para cometer el hecho. Los fundamentos del veredicto de la sentencia (fs. 265/265vta.), que se acaba de transcribir, fueron volcados a fs. 266/274vta. y leídos el 18 de diciembre siguiente.

Contra esa decisión, el 4 de febrero último, la Sra. Defensora Oficial Norma Bouyssou, titular de la Defensoría n°4 ante los tribunales orales criminales, interpuso el recurso de casación que se agrega a fs. 277/285vta., que fue concedido a fs. 287/288vta., y mantenido en esta instancia el 1° de abril (cfr. fs. 292), habiendo sido admitido por la Sala de Turno el 13 de abril siguiente (cfr. fs.295), otorgándole el trámite previsto en el art. 465 del CPPN. El sorteo correspondiente lo asignó para su consideración y fallo a la Sala 2, integrada por quienes suscriben esta resolución.

II) En el recurso se plantearon como agravios, las siguientes cuestiones:

a) arbitraria valoración de la prueba respecto de la utilización de un arma de utilería, respecto de lo cual existirían dudas que deberían operar en favor del acusado (*in dubio pro reo*);

b) errónea aplicación del art. 166, inc. 2º, párrafo 3º del CP, por haber subsumido el caso en ese tipo.

Por su parte, en el término de oficina, el Sr. Defensor Oficial Mariano Maciel le otorgó un mayor desarrollo a los agravios mencionados e introdujo dos más que se pueden sintetizar en lo siguiente:

c) en relación al agravio descrito en b), agregó la solicitud de declaración de inconstitucionalidad de la agravante del arma de utilería;

d) la inconstitucionalidad de la declaración de reincidencia (art. 50, CP), dispuesta respecto del acusado.

En definitiva, la defensa oficial propone que se case la sentencia y se modifique la subsunción legal por la de autor de robo simple tentado sin declaración de reincidencia y, en consecuencia, se modifique la pena impuesta atendiendo al mínimo legal que se propone como legalmente correcto.

III) El 10 de junio pasado se celebró la audiencia prevista en los arts. 465 y 468 del CPPN, a la que compareció el Sr. Defensor Oficial Santiago Ottaviano, quien desarrolló los agravios mencionados en el apartado anterior, siendo interrogado por los miembros del tribunal, a la que no concurrió ningún representante del MP fiscal, pese a estar notificado. Luego de ello el tribunal ingresó en la etapa de deliberación prevista en el art. 469 del CPPN, cumpliendo con la audiencia *de visu*, prevista en el art. 41 del Código Penal, el 15 de julio pasado, a la que el imputado concurrió acompañado por el defensor mencionado.

Así, el asunto quedó en condiciones de ser resuelto.

CONSIDERANDO:

El juez Bruzzone dijo:

1.- Hecho probado por la sentencia en estudio

Corresponde, en consecuencia, establecer qué fue lo que fácticamente el tribunal oral tuvo por probado. Y en ese sentido se debe estar a la transcripción de lo postulado por la Agente Fiscal Andrades en el requerimiento de elevación a juicio de fs. 126/130, que inicia como apartado “PRIMERO” el voto del juez Noceti Achával; dijo la acusación y el tribunal dio por probado la siguiente imputación:

“(…) Le atribuyo a Marcelo Alejandro Urrutia Valencia (UV) el hecho por el cual intentó apoderarse mediante el uso de un arma de utilería de los elementos de valor, propiedad de Alcides Tángaro, el día 27 de junio del corriente año en el interior del local de venta de ropa denominado “*Leonimus*” sito en Avenida Rivadavia nro. 6721 de esta Capital Federal.

Ello, en tanto que en la fecha sindicada, siendo las 11:40 horas aproximadamente, en momentos en que Alcides Tángaro se hallaba trabajando en el interior del local denominado “*Leonimus*” de su propiedad, ubicado en la Avenida Rivadavia nro. 6721 de la Capital Federal, el imputado ingreso al comercio y comenzó a mirar la mercadería que era exhibida a la venta, para luego hacerle preguntas al damnificado respecto de algunas prendas de vestir. Seguidamente el imputado se acercó a Tángaro y apuntándolo con una pistola de plástico de color negro y marrón, con la inscripción “YESHENG TOYS” en el lado izquierdo de la corredera, le exigió la entrega de todos sus elementos de valor, a lo que el damnificado contestó que no podía escapar ya que había un efectivo policial caminando en el interior del comercio, en ese instante Alcides Tángaro logro salir del local, donde se encontraba el Cabo Mario Oscar Muñoz de la seccional 38 de la Policía Federal Argentina, a quien alerto respecto de lo sucedido. Luego de ello, el imputado egresó de dicho local siendo aprehendido por el numerario Muñoz quien solicito apoyo a los móviles de la seccional correspondiente. Así entonces, el preventor se entrevistó con el damnificado, quien lo interiorizo respecto de las circunstancias que rodearon el hecho relatado, tras lo cual procedió a efectuar la detención del mismo quien se identificó como MARCELO ALEJANDRO

URRUTIA y al secuestro del arma de plástico antes mencionada la que este portaba en su cintura(...)" (fs. 266/266vta., lo que el fiscal que intervino en el juicio reprodujo, conforme surge del acta del debate obrante a fs.260/264vta., en part. fs. 262 y sgts.).

2.- Crítica de la defensa respecto de la manera en que el tribunal da por probado el hecho imputado

Como se advierte de los agravios presentados por la defensa oficial, lo que básicamente se cuestiona es la subsunción legal otorgada al hecho, utilizando una doble línea de cuestionamiento, tanto al encuadre en sí, como a la forma en que se habría utilizado la pistola de juguete, porque lo que plantea el voto que lidera el acuerdo, luego de presentar una síntesis del requerimiento de elevación a juicio, es que Urrutia Valencia "*admitió haber ingresado al local comercial (...) con la intención de sustraer el dinero de la caja recaudadora y algún otro elemento de valor, pero destacó que no había utilizado para ello la pistola de juguete secuestrada.*" (fs. 267) (Lo doblemente **destacado**, nos pertenece).

Para completar esa síntesis de lo admitido por el imputado - quien hizo uso de su derecho a guardar silencio hasta después de producida la prueba en el juicio-, podemos recurrir a lo que de sus dichos se dejó constancia en el acta del debate obrante a fs.260/264vta., en donde se asentó que:

"Urrutia Valencia declaró que quiso robar en el comercio, pero nunca lo apuntó con nada. Dijo que en los bolsillos de la campera que tenía puesta cuando lo detuvieron no entraba nada porque eran pequeños. Tras ello, dijo que no iba a responder preguntas, solo quería decir que no lo apuntó."

Resaltar esa circunstancia es relevante -y luego volveremos sobre ella-, porque permite concentrarnos directamente en los aspectos relevantes de los motivos de agravio, partiendo de la confesión del imputado de la razón y motivación que tuvo para estar ese día, a esa hora en ese lugar pero desconociendo haber utilizado el arma de juguete incautada que, según la tesis de la defensa, nunca fue utilizada para amedrentar a la víctima (Tángaro).

3.- Valoración de la prueba a la luz de los principios que rigen al respecto conforme jurisprudencia consolidada: la

contradicción entre los dichos de los testigos Tángaro y el Cabo Muñoz frente a la versión del imputado UV

Corresponde recordar que en el precedente “**Escobar**” nos ocupamos de cuestiones generales vinculadas a valoración de pruebas y sus límites, que se pueden dar por reproducidas, en tanto el examen de esta sentencia, como nos propone la defensa oficial, debe ser llevado a cabo bajo similares parámetros y, también, como debe ocurrir en la mayoría de los casos, de acuerdo a los estándares fijados por la CSJN en “**Casal**”, en el sentido de agotar la capacidad de revisión de todo aquello que sea “revisable” en esta instancia, *en donde el límite lo traza la percepción directa que los jueces del tribunal de juicio obtienen de la prueba a través de la inmediación*, para la determinación de los hechos que acreditan la imputación, lo que en este caso es sumamente relevante, más allá de los esfuerzos de la defensa por querer sostener lo contrario.

En general, el problema, incluso antes del dictado de ese precedente, ya se discutía intensamente por los defectos propios del recurso de casación que, de acuerdo a un criterio muy restrictivo, impedía que se revisaran los hechos que el tribunal de juicio daba por probados, lo que representaba una alteración a la necesidad de doble control amplio de la sentencia condenatoria como se encuentra previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el art. 8, que se refiere a las “Garantías judiciales”, y en su apartado 2 establece que: “*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas*” fijando en su inciso h) “*el derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*”. La postura tradicional sobre ese tema, que consideraba que este recurso se limitaba a las cuestiones de derecho, se encuentra hoy superada jurisprudencialmente en el sentido que la doctrina lo postulaba hacía tiempo, para ser coherentes con la garantía.

Este, entonces, es el primer motivo de agravio que se plantea donde la defensa utiliza argumentos para refutar las conclusiones a las que arriba el tribunal. La confrontación de la crítica llevada a cabo por la defensa con lo sostenido en la sentencia es lo que debemos

analizar, ya que el razonamiento empleado para deducir de la prueba producida en el juicio oral la culpabilidad del autor debe ser coherente y carecer de fisuras para llegar a una convicción de certeza. Con independencia de lo que puedan afirmar los jueces acerca de lo que percibieron sensorialmente en la audiencia, lo cierto es que el razonamiento y valoración que se hace debe ser racional y despejar todo tipo de dudas. Y, en ese sentido, podemos adelantar que, más allá de la contundencia con que se afirme que alguna cuestión fáctica se encuentra probada, especialmente en un supuesto de valoración de dichos contra dichos, no deben existir contradicciones en el contexto general de la valoración de la prueba.

En la sentencia, en el voto que lidera el acuerdo del colega Noceti Achával, se analiza la entidad probatoria de la prueba producida en el juicio de la siguiente manera:

“(..).Las pruebas recibidas durante la audiencia de debate y las que fueron incorporadas mediante lectura por acuerdo de partes, permiten tener por cierto que alrededor de las 11:40 horas del 27 de junio de 2014, el imputado Marcelo Alejandro Urrutia Valencia ingreso al local de venta de ropas de nombre “Leonimus” ubicado en la Avenida Rivadavia nro. 6721 de esta Capital Federal, extrajo una réplica de arma de fuego e intimidando con ella a Alcides Tángaro, intentó apoderarse del dinero que encontrara en el lugar”.

Y se agrega en este sentido:

“Sucede que víctima y victimario han coincidido en que este último intento apoderarse del dinero del primero. La única diferencia radica en que la víctima afirmó que el victimario utilizó en forma intimidante lo que en su momento creyó era un arma de fuego y que después supo se trataba de un armas de juguete, extremo que fue negado por el imputado”.

“La única diferencia” no es menor, porque modifica el encuadre de los hechos de un robo simple a uno agravado por la utilización de un arma de utilería y es éste, precisamente, el punto sobre el que la defensa centra su crítica a la sentencia.

“En efecto, el damnificado, en la detallada declaración testifical que presentó durante la audiencia de debate, señaló que el día antes mencionado, mientras se encontraba atendiendo el local de venta de ropa instalado al 6721 de la Avenida

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38884/2014/TO1/CNC1

Rivadavia, ingreso el aquí imputado y, luego de simular interesarse por una prenda, sorprendentemente extrajo un arma de fuego y le exigió que se quedara quieto pues lo estaba robando. Afirmando el damnificado que este sujeto apuntó el arma hacia su cuerpo y ante ello, para calmarlo, le dijo que no tenía dinero pues no había efectuado ninguna venta y que además había un efectivo policial dentro del local.”

“Agrego que en ese instante, el imputado guardó su arma en el bolsillo de la campera que vestía, por lo que aprovecho esa situación para abalanzarse sobre él y trabarse en lucha hasta lograr llevarlo hasta la vereda donde pidió auxilio al personal policial que detuvo al imputado luego de una corta huida”.

“También dijo que, cuando escapaba, el imputado arrojó al piso el arma advirtiendo en ese momento que se trataba de un simple juguete, pues al golpear contra la vereda, rodó de un modo que no podía haberlo hecho una verdadera arma de fuego.”.

La defensa se apoya en esta parte del relato de la víctima para sostener la incoherencia de la conclusión a la que se llega por lo que declaró en el juicio el policía que detuvo a UV (el cabo Muñoz). En efecto, la sentencia se apoya en la confrontación de dichos y considera “extraña” y “absurda” la versión del acusado, lo que es desarrollado de la siguiente manera:

*“El relato preciso, circunstanciado, detallado y contundente que vertió el damnificado no ha podido ser desvirtuado por la extraña versión volcada por el imputado, en la que, luego de admitir que ingreso al local comercial e intento apoderarse del dinero recaudado, afirmo no haber usado intimidantemente el arma de utilería que luego fuera secuestrada y **cuya tenencia no negó.**” (sin resaltado en el original)*

Aquí una primera puntualización; no negó tener el arma de juguete pero tampoco lo admitió. Lo que admite es que ingresó al local con la intención de apoderarse del dinero recaudado y que no le apuntó a la persona que encontró dentro del negocio, pero, debe reiterarse, no niega ni reconoce que tenía el arma de juguete con él. En este sentido no dice nada. Al confrontar una y otra versión el tribunal se plantea lo inverosímil del descargo en base a criterios de valoración que hacen a la sana crítica racional. Dice la sentencia a continuación:

“Y aquí nuevamente debemos confrontar su versión con la del damnificado, ya que este, bajo juramento aseguro que el encartado luego de acceder al

local simulando estar interesado en una prenda de vestir, sorpresivamente extrajo lo que creyó era una letal arma de fuego y le exigió la entrega de dinero.”

“Pero además aclaró que, luego de que él le advirtiera acerca de la presencia policial, el imputado guardó el arma en el bolsillo, por lo que aprovecho esa distracción para trabarse en lucha y llevarlo hacia la calle en busca de auxilio.”

Haciéndose cargo de la crítica volcada por la defensa, el razonamiento del juez Noceti Achával dice:

“Ese relato que la defensa tildó de contrario al sentido común lo aprecio veraz por dos razones. La primera es que sería absurdo que el imputado siguiera esgrimiendo el arma de fuego con la posibilidad de ser visto por el policía. Y la segunda es que, como el elemento que uso para intimidar era un simple juguete, la única forma que tenía para mantener atemorizada a la víctima era ocultándolo rápidamente antes de que esta advirtiera el engaño.”

“Por ello entiendo que la explicación del encartado en cuanto negó haber extraído o exhibido el arma de utilería, no puede ser atendida ya que no alcanza para desvincular la firme imputación que le dirigió el damnificado.”

Si bien reglas elementales de la experiencia general acompañan el razonamiento del colega Noceti Achával, es allí que la defensa encuentra lo que considera una contradicción del razonamiento para sostener que no estaría acreditado que UV exhibiera, efectivamente, el arma de juguete que le fue incautada de su cintura. Y ello debido a que, por la forma en que se dieron las declaraciones en la audiencia de debate –conforme surge del acta respectiva obrante a fs. 260/264vta.-, una vez que declararon la víctima del intento de sustracción, el comerciante Tángaro, y el policía Muñoz que detuvo a UV, el acusado solicitó declarar para decir, conforme el acta mencionada, lo siguiente:

“(…) Urrutia Valencia declaró que quiso robar en el comercio, pero nunca lo apuntó con nada. Dijo que en los bolsillos de la campera que tenía puesta cuando lo detuvieron no entraba nada porque eran pequeños. Tras ello, dijo que no iba a responder a preguntas, solo quería decir que no lo apuntó.” (el resaltado nos pertenece).

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38884/2014/TO1/CNC1

Sobre esa escueta manifestación, más lo declarado por el testigo Muñoz, la defensa, ejercida por el Sr. Defensor Oficial ad-hoc Juan Martín Vicco, construye su estrategia –ya desde la audiencia- para descalificar el razonamiento realizado en la sentencia, en donde se otorga preeminencia a los dichos de la víctima por sobre los del acusado, agravando la conducta de robo tentado por el uso de un arma de utilería, del siguiente modo:

“Asimismo debe ponerse de resalto que el imputado no negó haber llevado ni tenido consigo el arma de juguete que le fue secuestrada. De modo que, si la tenía en su poder y admitió haber intentado robar el dinero de comercio, todo indica que la versión del comerciante al afirmar haber sido intimidado con ella, es la que reproduce fielmente lo ocurrido y, por lo tanto, la única que puede ser admitida para alcanzar la convicción necesaria para fundar un veredicto de condena como el que aquí propongo al acuerdo.” (sin resaltado en el original).

“Es que la versión del damnificado no puede ser tildada e caprichosa o falaz ya que ninguna relación previa mantenía con el imputado que permita presumir que lo haya guiado alguna motivación distinta a la de decir la verdad y agravar falsa e innecesariamente la situación de aquél.”

“En ese sentido y pese a lo sostenido por la esforzada defensa oficial, entiendo que el testimonio brindado por la víctima, más la vaga y absurda explicación vertida por el imputado, alcanza para conformar la convicción que exige un juicio de reproche condenatorio.”

“Ello por cuanto, aún cuando la prueba de cargo esté formada fundamentalmente con la versión del damnificado, no es obstáculo para que el Tribunal adquiera la convicción suficiente acerca de la real ocurrencia del hecho en la forma que la víctima lo relató con evidente sinceridad y revestida de lógica y coherencia, características que, justamente, no presenta el relato del imputado.”

“De esa manera, la peculiar versión sostenida por el imputado frente al Tribunal no resiste el menor análisis desde ningún punto de vista y, al ser confrontada con las manifestaciones de la víctima, sólo consiguen otorgarle aun mayor credibilidad a estas últimas.”

En primer lugar, debemos coincidir con la afirmación inicial de los apartados transcriptos; el acusado no negó, ni afirmó, que tuviera el arma de plástico en su poder. Lo que dice es que **“no lo apuntó”**, en referencia a la víctima. Lo que implica, concretamente, es que niega haberla utilizado en la forma que la sentencia le reprocha. Y

esto es, precisamente, lo que está en discusión para la aplicación de la agravante: haberla exhibido de alguna forma.

El dato contradictorio que tiene el caso, y que se traduce en la arbitraria valoración de la prueba ventilada en el debate se construyó, acertadamente por la defensa, en el momento que advertida esa contradicción, estimula a su asistido para que declare brindando su versión de que, si bien su intención era “robar”, nunca utilizó el arma exhibiéndola de alguna manera intimidante. Lo que se apoya en la versión que brinda el policía Muñoz de su incautación: contra el cuerpo, en la cintura, apretada contra el cinturón, contradiciendo la versión de la víctima.

El déficit probatorio que tiene el caso es que, frente al plausible razonamiento que se hace de los dichos contrapuestos, un tercero, testigo crucial en el asunto, le resta contundencia a la versión de cargo al sostener, a preguntas de la defensa “*que la pistola de plástico que le sacó (a UV), la llevaba en la cintura, dentro del cinto: estaba apretada entre el pantalón y el cinto.*” (cfr. acta de debate, fs. 262).

Entonces, ¿a qué versión hay que estar? ¿A la de la víctima Tángaro que “no puede ser tildada de caprichosa o falaz”? o ¿a la del acusado que, si bien es “vaga y absurda”, encuentra correlato en los dichos del testigo Muñoz que secuestró el arma de plástico?

Y esta es la disyuntiva que el tribunal resolvió arbitrariamente, por déficit probatorio, al sostener, luego de la ponderación de los dichos encontrados, lo siguiente:

“Y además, entiendo que el ataque que la defensa dirigió tendiente a restar credibilidad a los dichos de Tángaro al enfrentarlos a las manifestaciones del policía Muñoz que sostuvo que el arma de juguete la secuestro de la cintura del imputado, no alcanza ese objetivo ya que, más allá del lugar de la incautación de ese objeto, lo cierto es que su uso previo ha quedado acreditado por lo que he sostenido en los párrafos anteriores.”

Es en esta afirmación final donde el tribunal concluye arbitrariamente la valoración global de la prueba de cargo, porque “el lugar” de incautación del arma de juguete es, precisamente, aquello que

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38884/2014/TO1/CNC1

la defensa cuestiona para sostener que no fue exhibida. Por descabellada que sea la versión del acusado –circunstancia que se puede compartir desde la experiencia general-, si existe otro elemento probatorio que le otorga alguna entidad a su versión, como en este caso son los dichos del funcionario policial que realiza la detención y la incautación del arma en su cintura y no por haberse caído como declaró la víctima, debió haberse salvado la contradicción por parte de la acusación.

Máxime cuando era evidente, por el momento y la forma en que el imputado declaró en el juicio, al advertir la defensa la contradicción existente entre los dichos de la víctima y el policía. En ese instante se tendría que haber solicitado la ampliación de la declaración de ambos, especialmente de la víctima, para que aclarara en qué momento vio que cayó al piso advirtiendo que era de plástico; si antes o después de la detención que hizo el cabo Muñoz.

Es más, incorporados por lectura los dichos de los testigos del acta de secuestro, Fuentes (fs.5) y Acuña (fs.6), a lo que no se opuso la defensa ni la fiscalía, no hacen más que corroborar la versión brindada en el juicio por el policía Muñoz si se repasa lo volcado a fs. 1/1vta. cuando se vuelca, en esa acta inicial del sumario, que “(a)nte tal narración, se solicitó la presencia de dos testigos hábiles, ... ante quienes se procedió a palpar de armas al individuo, detectando que en su cintura portaba una pistola de plástico” (cfr. fs. 1 vta.).

Como ese dato no fue salvado debidamente, la certeza para afirmar lo contrario a lo postulado por el imputado torna arbitraria la decisión, afectando el principio del *in dubio pro reo* que juega en favor de UV, porque la duda planteada en su favor en el marco de su estrategia de defensa no fue subsanada debidamente, determinando que no pueda ser de aplicación la agravante empleada del “uso de arma de utilería” (art. 166, inc. 2º párrafo 3º, CP).

4.- Hecho probado y su subsunción

Descartada entonces la aplicación de la agravante mencionada en virtud de los fundamentos expuestos en el párrafo anterior, podemos afirmar que se encuentra probado, más allá de toda duda razonable, que Urrutia Valencia ingresó al comercio de la Av.

Rivadavia n° 6721 de este medio con fines de sustracción (dijo expresamente “que quiso robar en el comercio”), en donde luego de simular interés por algunas de las prendas allí exhibidas a la venta, increpó a su propietario Alcides Tángaro exigiéndole la entrega de todos sus elementos de valor.

El fin perseguido por el imputado a través de esa conducta disvaliosa se vio frustrado por motivos ajenos a su voluntad, en tanto la víctima advirtió a su victimario acerca de la presencia policial en el local y, aprovechando un breve momento de distracción, se abalanzó sobre él y logró llevarlo hasta la vereda, lugar en el que finalmente se produjo la detención de Urrutia Valencia a instancias del cabo Muñoz de la Policía Federal Argentina, que se encontraba de facción en ese lugar.

La conducta así descripta debe ser encuadrada en el tipo penal básico del art. 164, CP, al que le caben a su vez las disposiciones del art. 42, CP, en tanto el acusado, pese haber cumplido con todos los elementos que conforman el tipo objetivo y subjetivo de la figura en cuestión, no logró apoderarse de ningún objeto de valor.

En consecuencia, y sin que sea necesario explayarme con mayor detalle sobre este punto, por cuanto el hecho que aquí se tiene por probado es el mismo que se tuvo por probado en la sentencia, aunque se descarta la aplicación de la agravante por la utilización de un arma de utilería, entiendo que Urrutia Valencia debe responder penalmente en orden al delito de robo simple en grado de tentativa, en calidad de autor (arts. 42, 45 y 164, CP).-

5.- Motivos que devienen abstractos

En virtud de estas consideraciones, los planteos de la defensa vinculados a la errónea aplicación del art. 166, inc. 2° párrafo 3°, CP, y a la inconstitucionalidad de esa agravante, se han tornado abstractos.

6.- Motivo de agravio inadmisibile: la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (art. 50, CP)

Para fundar la declaración de reincidencia, en el último párrafo del apartado CUARTO de la sentencia, se sostiene que:

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38884/2014/TO1/CNC1

“(...) debido a que Urrutia Valencia cumplió en calidad de condenado casi la totalidad de la referida pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 respecto de la que, al momento d comisión del hecho aquí juzgado, no había operado el término previsto en el último párrafo del artículo 50 del Código Penal, corresponde que se lo declare nuevamente reincidente.”

La pena impuesta con anterioridad por el TOC n° 20, el 23 de marzo de 2011, fue a cuatro años de prisión en la causa n° 3489 y venció el 1° de diciembre de 2014.

La solicitud que la defensa oficial efectúa para que se declare la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (art. 50, CP), se apoya en consideraciones generales, que los integrantes de ese cuerpo utilizan habitualmente, pero sin ocuparse del caso en concreto, lo que deja al agravio desprovisto de sustento. Es decir, la crítica es aparente porque carece de sostén. No se ocupa de señalar si la declaración de reincidencia fue correctamente dictada conforme a un tiempo específico de privación de la libertad como condenado o cuál fue el nivel del régimen progresivo existente o la fase alcanzada en la condena utilizado por el tribunal para sostener la declaración. Se limita a sostener la inconstitucionalidad como se lo puede hacer en un artículo de doctrina, pero no para cuestionar el fallo en estudio.

Frente a esa importante ausencia de fundamentación, el agravio, como tal, debe ser declarado inadmisibile.

7.- Decisión final del caso

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, anular el punto dispositivo I de la sentencia en estudio, modificando la subsunción legal del hecho por la de robo simple en grado de tentativa, y disponer el reenvío de las actuaciones a un nuevo tribunal para que, a través de la cesura del juicio, fije la sanción legal que corresponde aplicar al caso.

El juez Morin dijo:

1.- Entiendo que la sentencia impugnada debe ser confirmada.

Ello así, dado que la conclusión a la que arribó el juez Noceti Achával es el producto de un acertado análisis de las probanzas de la causa. Esto, en función de las pautas establecidas en el precedente

“Escobar”¹ de esta Sala II, en lo atinente a los parámetros que deben ser tenidos en cuenta al valorar la prueba en el caso concreto.

En este sentido, interesa señalar que la cuestión vinculada a la exhibición del arma de plástico por parte de Urrutia Valencia en el hecho endilgado, que fue cuestionada por la defensa, ha sido debidamente acreditada en la sentencia.

Y esto es así, porque lo determinante para resolver el planteo traído a estudio, no es el momento de la detención del imputado – respecto del cual, como bien se señala en el voto que antecede, han existido versiones contradictorias en lo que al lugar del secuestro del arma se refiere–, sino el momento en que Urrutia Valencia ingresó al inmueble sito en la Avenida Rivadavia 6721 de esta ciudad, donde intentó la maniobra por la que resultó condenado, y en el que sólo estuvieron presentes la víctima y el victimario.

Sobre lo que no hay ninguna duda es que el imputado tenía en su poder un arma de utilería. Y, si ello es así, no resulta acorde al sentido común considerar que una persona que lleva consigo un objeto de tales características, ingrese a un comercio con fines ilícitos, y pretenda llevar a cabo un delito contra la propiedad haciendo uso de su simple palabra.

Sumado a esto, en el caso, uno de los testigos presenciales del instante que a los fines aquí discutidos interesa, ha declarado bajo juramento que Urrutia Valencia le apuntó con el arma y le exigió la entrega de elementos de valor.

2.- Por otra parte, no corresponde tratar los agravios planteados por la defensa durante el término de oficina, es decir, los referidos a la inconstitucionalidad de la agravante del arma de utilería y a la inconstitucionalidad de la reincidencia.

Ello así, porque a este tribunal le corresponde limitarse al estudio de los motivos expuestos al interponerse el recurso de que se trate, salvo que el asunto traído a revisión una vez expirada esa oportunidad procesal verse sobre una cuestión federal dirimente o cuestione la validez de algún acto del proceso pasible de ser declarado de nulidad absoluta.

¹ Causa n° 37.194/13, registro n° 168/15, del 18/6/15.

En este sentido, resulta claro que la utilización de los verbos desarrollar y ampliar, contenidos en el art. 466, CPPN, reconoce la voluntad del legislador de brindar al recurrente una oportunidad para extender o profundizar los motivos introducidos en la oportunidad del art. 463, CPPN; lo que sin lugar a dudas contempla la posibilidad de completarlos o perfeccionarlos, pero de ningún modo la de incorporar o adicionar otros no vertidos en el recurso respectivo.

Por esta razón, opino que corresponde declarar la inadmisibilidad de la cuestión tardíamente introducida por la defensa.

El juez Sarrabayrouse dijo:

1. Coincidimos con la solución propuesta por el colega Bruzzone.

De acuerdo con la síntesis efectuada en su voto, el primer agravio que debemos tratar se refiere a la duda alegada por la defensa en torno a la efectiva utilización por parte de Urrutia Valencia de la pistola de plástico con la inscripción “Yesheng Toys”.

2. En esencia, lo que aquí se discute es la influencia de la declaración del policía Muñoz con respecto a la veracidad acordada por el tribunal *a quo* al testimonio de Alcides Tángaro.

Según el voto del juez Nocetti Achával, Tángaro en el debate brindó una detallada declaración, donde narró que Urrutia Valencia, luego de simular el interés por una prenda en el interior del local comercial “Leónimus”, “...*extrajo un arma de fuego y le exigió que se quedara quieto pues lo estaba robando...*”, le apuntó. Tras intentar calmarlo, el imputado guardó el arma “...*en el bolsillo de la campera que vestía...*”. En ese momento, Tángaro se le arrojó encima y se trabaron en lucha “...*hasta lograr llevarlo hasta la vereda donde pidió el auxilio al personal policial que detuvo al imputado luego de una corta huida...*”. Agregó que “...*cuando escapaba, el imputado arrojó al piso el arma advirtiendo en ese momento que se trataba de un simple juguete, pues al golpear contra la vereda, rodó de un modo que no podría haberlo hecho una verdadera arma de fuego...*” (cfr. fs. 269 de la sentencia, dentro del capítulo “Valoración”).

3. Al finalizar este tramo de su voto, el colega de la instancia anterior consideró que el testimonio policial no afectaba la credibilidad de Tángaro del siguiente modo: “...*entiendo que el ataque que la defensa*

dirigió tendiente a restar credibilidad a los dichos de Tángaro al enfrentarlos a las manifestaciones del policía Muñoz que sostuvo que el arma de juguete la secuestró de la cintura del imputado, no alcanza ese objetivo ya que, más allá del lugar de la incautación de ese objeto, lo cierto es que su uso previo ha quedado acreditado por lo que he sostenido en los párrafos anteriores...” (véase fs. 270 vta.).

4. La declaración del cabo de la Policía Federal, Mario Oscar Muñoz, se contrapone con la de Tángaro en aspectos importantes. En primer lugar, contradice la afirmación de éste último, según la cual, Urrutia había guardado el arma en el bolsillo de la campera, pues en el debate, el policía afirmó que al requisar a Urrutia Valencia “...le sacó un arma de plástico...” que llevaba en la cintura “...apretada entre el pantalón y el cinto...” (acta de debate, fs. 262). Este secuestro está plasmado además en el acta de fs. 4, incorporada por lectura. Es decir, que la manifestación de Tángaro, en cuanto al lugar donde guardó el arma de plástico el imputado, está contradicha por el policía Muñoz, respecto del cual no se han alegado ni encontramos motivos válidos para dudar de su declaración.

Además, según la sentencia, Tángaro afirmó que a Urrutia se le cayó la pistola de plástico mientras huía, lo que le permitió advertir que se trataba de un juguete. Esto colisiona de plano con el lugar donde se secuestró este objeto: si se había caído al piso, y dada la rapidez con que ocurrió el hecho, no podía estar en la cintura de Urrutia Valencia, tal como afirmó Muñoz.

5. El punto en discusión entonces es si resulta posible afirmar que efectivamente y más allá de toda duda razonable, Urrutia Valencia esgrimió el revólver de plástico contra Tángaro. En este aspecto, entendemos que no se deriva necesariamente de la tenencia de ese objeto su utilización; y la afirmación de tal circunstancia depende de la valoración de la prueba. Y en este aspecto, las afirmaciones de Tángaro donde no están confrontadas exclusivamente con las de Urrutia Valencia no están confirmadas, porque como vimos, indicó que éste guardó el revólver de plástico en el bolsillo y que se le cayó al piso, circunstancias contradichas expresamente por el policía Muñoz y el acta labrada en el momento de su detención.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38884/2014/TO1/CNC1

Esto coloca a ambas declaraciones en un pie de igualdad y permite afirmar que existe una duda razonable acerca de la exhibición del arma de plástico por parte de Urrutia para desapoderar a Tángaro.

6. En diversas sentencias y trabajos anteriores nos hemos referido al alcance de la *duda* en el proceso penal y qué debe entenderse por *duda razonable*.²

La locución “más allá de toda duda razonable” como manera de mostrar el convencimiento del tribunal de mérito sobre el hecho sometido a su decisión, proviene del derecho anglosajón y está vinculada con el sistema de valoración de la prueba propio del juicio por jurados. Su alcance y contenido ha sido objeto de controversia, cuyo análisis acometeremos a continuación.³

En el proceso penal confluyen dos principios antagónicos: la averiguación de la verdad acerca de la comisión de un supuesto delito y cómo puede reducirse el error en esa búsqueda, falla que puede expresarse tanto en el castigo del inocente como en la absolución del culpable. En cuanto al primer error, esta averiguación de la verdad se encuentra fuertemente matizada por una serie de garantías que la limitan: la prohibición de la obligación de declarar contra sí mismo (principio del *nemo tenetur*), las prohibiciones probatorias, la inviolabilidad del domicilio, entre otras. Con respecto al error en la decisión del caso, el “núcleo duro” de la epistemología jurídica intenta establecer cómo debe estructurarse un juicio para elevar al máximo la probabilidad de que la

² Como integrante del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, provincia de Tierra del Fuego, pueden citarse a modo de ejemplo los siguientes casos: “Nieto” del 30.08.2008, registro nº 38, t. III, folios 414/438, protocolo 2008; “Gómez” del 5.11.2010; también el trabajo “Pautas para un futuro Código procesal penal de Tierra del Fuego. A la vez, un breve repaso sobre el estado de la legislación procesal penal en la Argentina, trabajo elaborado dentro del proyecto de investigación “Bases para una reforma procesal penal en Tierra del Fuego” (UCES), publicado en <http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/handle/123456789/928> en coautoría con Cecilia Incardona.

³ Sobre esta discusión véase LAUDAN, Larry, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), ps. 96-98; allí se reproduce el debate mantenido en la mesa redonda sobre el tema *Racionalidad y estándares de prueba* durante el XI congreso ítalo-español de teoría del derecho, en septiembre de 2005; véase también Ferrer Beltrán, Jordi, *Presentación*, DOXA, op. cit., ps. 93-94; en respuesta a Laudan intervinieron Michelle Taruffo, Marina Gascón Abellán y Juan Igartúa Salaverría, cuyas opiniones citaremos más adelante

sentencia sea verdadera, es decir, coincida con la realidad de lo efectivamente ocurrido; por su parte, el “núcleo débil” busca no tanto reducir los errores sino en la manera de distribuirlos, lo cual constituye una decisión política, pues ciertas equivocaciones son menos aceptables que otras: aquí deben incluirse la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, claramente receptados en nuestra Constitución (art. 18) y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN; art. 8.2, CADH; art. 14.2, PIDCyP). Como dijimos, se trata de decisiones políticas donde se ha privilegiado la dignidad humana sobre otros valores. La historia nos muestra cómo la duda en otros sistemas no tan lejanos en el tiempo autorizaban el pedido de consejo a peritos en derecho y la imposición de la tortura vinculada, además, con el alto valor que se otorgaba a la confesión.⁴ Incluso esta opción política se observa claramente en otros institutos vinculados tanto con la creación como la aplicación del Derecho penal: interpretación restrictiva de las normas que coartan la libertad durante el proceso penal; la vigencia del principio de legalidad y sus corolarios (mandato de certeza, irretroactividad de la ley penal más gravosa, proscripción de la costumbre y necesidad de contar con una ley escrita emanada del Congreso).

El objetivo de Laudan en el trabajo citado es establecer en qué consiste un estándar de prueba, cómo funciona y cuál sería uno sólido. Las rutas convencionales en el tema son la “duda razonable” (equivalente a la convicción íntima de los jurados) y la probabilidad bayesiana, propia de los ámbitos académicos, donde para condenar se exige una probabilidad del 90 o del 95 %.⁵ En verdad, aquí se trata del uso de la probabilidad para *valorar* la prueba o para *probar* un hecho a través de una regla de la experiencia probabilística; en el primer caso, puede verse, entre otros el trabajo de Andreas Hoyer,⁶ quien exige para

⁴ Cfr. nuestra tesis doctoral, *Responsabilidad penal por el producto*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, ps. 417 y sigs.

⁵ Véase el trabajo de Laudan citado, ps. 98-99

⁶ *Der Konflikt zwischen richterlichen Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip in dubio pro reo* {El conflicto entre la libre valoración judicial de la prueba y el principio in dubio pro reo}, ZStW 1993, pp. 523-556; hay una traducción reciente bajo el título ...

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38884/2014/TO1/CNC1

condenar una probabilidad del 95,74 %. En estos planteos (tributarios de las ideas de Condorcet) entendemos que existe una confusión entre el grado de convencimiento exigible al juez, hecho eminentemente psíquico, y el grado de probabilidad que muestra una regla empírica sobre la aparición de un suceso. Una ley estadística describe una relación del mundo exterior y brinda una posibilidad, mientras que la “probabilidad”, en sentido psicológico, marca un determinado grado de convencimiento, ubicado entre la seguridad y la inseguridad. En definitiva, las hipótesis que se discuten en el proceso penal *no se comprueban numéricamente sino que se valoran*.⁷

Retornando al trabajo de Laudan, considera que la duda razonable no es más que una alta confianza subjetiva, con lo cual, ella “...*queda reducida a cualquier duda que un jurado quiera utilizar para absolver a alguien...*”⁸ Sin embargo, el estándar que nosotros entendemos aplicable intenta reducir la subjetividad al máximo posible. Los estándares de prueba se insertan en un proceso de valoración racional, y en consecuencia su papel de guías para valorar primero y para justificar después será incompleto si esa valoración y justificación no se acompaña de los criterios racionales exigidos por la confirmación. Y en este aspecto juega un papel fundamental la obligación de los jueces de motivar la sentencia. De esta forma, una decisión jurisdiccional será legítima en tanto sólo una duda bien razonada acredite ser una “duda razonable”. En definitiva, no se trata de controlar lo que se enclaustra en la mente del juzgador sino lo que él expresa en su sentencia; y éste será el punto esencial que dirima la cuestión: la necesidad de fundar correctamente la cuestión fáctica de la sentencia que debe constituir un procedimiento intersubjetivo, verificable, que permita reconstruir críticamente los pasos que llevaron al juez a tomar su decisión. En este contexto, duda razonable significa duda razonada, o mejor, duda justificada razonablemente, donde “razonable” equivale a carente de arbitrariedad. La consistencia de la duda no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos proclives a

⁷ Cfr. al respecto *Responsabilidad penal por el producto*, op. cit., ps. 373-377 y la bibliografía que allí se menciona.

⁸ Cfr. autor y op. cit. p. 100.

la condena; y a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria.⁹

7. La forma en que resolvemos este punto conduce a calificar el hecho aquí analizado como robo en grado de tentativa, tal como lo solicita la parte recurrente (arts. 42 y 164, CP).

8. En cuanto al resto de los agravios planteados, la forma en que se resuelve el caso, torna abstractos los referidos a la errónea aplicación del art. 166, inc. 2º, párrafo 3º, CP y la inconstitucionalidad de la agravante del arma de utilería.

9. Con respecto al agravio referido a la inconstitucionalidad de la reincidencia, coincido también con la solución propuesta por el colega Bruzzone. La defensa se ha limitado a plantear de manera genérica la inconstitucionalidad de aquel instituto, sin advertir ninguna de las particularidades del caso: Urrutia Valencia cumplió varias condenas, fue declarado reincidente en distintas oportunidades y la sentencia recurrida indicó que había cumplido casi la totalidad de la pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 20.

Sin embargo, ninguno de estos aspectos fue tratado por la presentación efectuada en el término de oficina (cfr. punto V, fs. 208 / 214 vta.), por lo cual, el remedio debe ser rechazado en este punto.

10. De esta manera, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto, anular el punto I de la sentencia de fs. 265 / 274 vta, modificar la calificación por la de robo simple en grado de tentativa y reenviar el expediente para que un nuevo tribunal fije la pena correspondiente al caso. Sin costas (arts. 456 inc. 2º, 471, 530, CPPN; 42 y 164, CP).

Así voto.

⁹ Cfr. las intervenciones de GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), ps. 127-139; IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *Prolongaciones a partir de Landan*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), pp. 141-150; del mismo autor, *El caso Marey*, op. cit., pp. 43-45; también nuestra tesis, *Responsabilidad penal por el producto*, op. cit., p. 471.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 38884/2014/TO1/CNC1

Como mérito del acuerdo que antecede, la **Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional** de la Capital Federal, por mayoría, **RESUELVE**:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, **ANULAR** el punto dispositivo I de la sentencia de fs. 265/274 vta., **MODIFICAR** la subsunción legal del hecho por la de robo simple en grado de tentativa y **DISPONER** el reenvío de las actuaciones a un nuevo tribunal para que, a través de la cesura del juicio, fije la pena que corresponde aplicar al caso, sin costas (arts. 42 y 164, CP; 456 inc. 2º, 471 y 530, CPPN).-

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; Lex 100) y remítase a la Cámara Federal de Casación Penal para que sortee el nuevo tribunal de juicio que habrá de intervenir en el asunto, sirviendo la presente de muy atenta nota.-

Gustavo A. Bruzzone

Daniel Morin

Eugenio C. Sarrabayrouse

Ante mí:

Paula Gorsd
Secretaria de Cámara

