

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CFP 3162/2013/TO1/CNC1

Reg. n° 751/2016

///n la ciudad de Buenos Aires, a los 27 días del mes de septiembre del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala 3 de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Carlos A. Mahiques, Pablo Jantus y Mario Magariños, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 1499/1525 en la presente causa n° CFP 3162/2013/TO1/CNC1, caratulada “CARDOZO, José Luis y otros s/ robo”, de la que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 resolvió, con fecha 14 de mayo de 2015, en lo pertinente, lo siguiente: “I.- NO HACER LUGAR a la nulidad parcial del alegato Fiscal solicitada por la defensa, sin costas (arts. 166 y sptes., a contrario sensu, y 530 y 531 del C.P.P.N.). [...] III.- NO HACER LUGAR a la declaración de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, solicitada por la defensa, sin costas (art. 50 del CPN, a contrario sensu, y 530 y 531 del CPPN). [...] X.- CONDENAR a José Luis Cardozo, cuyas demás condiciones personales obran en autos, por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa (causa Nro. 4342) y autor penalmente responsable del delito de robo con escalamiento en grado de tentativa (c 4546), en concurso real, a la pena de un año y ocho meses de prisión, de efectivo cumplimiento y costas (arts. 5, 29 inc. 3°, 40, 41, 42, 44, 45, 55, 164, y 167 inc. 4 en función del 163 inc. 4 del C.P.N., 403, 530 y 531 del C.P.P.N.). XI.- DECLARAR a José Luis Cardozo, filiado en autos, REINCIDENTE (Art. 50 del C.P.N.)”.

II. Contra esa decisión interpuso recurso de casación la defensora pública coadyuvante doctora Amanda Espino respecto de José Luis Cardozo (cfr. fs. 1499/1525), el que fue concedido por el *a quo* (cfr. fs. 1526/1527) y debidamente mantenido en esta instancia (cfr. fs. 1533).

III. El 2 de septiembre de 2015 se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y sus integrantes decidieron otorgarle

al recurso de casación interpuesto el trámite del art. 465, CPPN (cfr. fs. 1536).

IV. En el término de oficina, establecido en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del CPPN, se presentó el Defensor Público Oficial, Maximiliano Dialeva Balmaceda (fs. 1539/1544) y reiteró los agravios expuestos en el recurso traído a estudio.

V. Las partes no comparecieron a la audiencia fijada en los términos de los arts. 465, 5º párrafo, y 468 del ritual (fs. 1550).

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

Y CONSIDERANDO:

El señor juez doctor Carlos Mahiques dijo:

I. En el primero de sus agravios, la defensa puso en crisis la tipicidad del hecho imputado a Cardozo en el marco de la causa n° 4342. En esas actuaciones, Cardozo fue condenado por el delito de robo simple en grado de tentativa. Su defensa sostuvo que el *a quo* incurrió en una errónea calificación legal toda vez que no explicó –sino a partir de una arbitraria interpretación de algunas de las declaraciones testimoniales rendidas– de qué manera el acusado ejerció fuerza en las cosas para apoderarse ilegítimamente de seis bolsas de papel resistente amarillo, marca “Weber” que contenían cada una treinta kilos de mezcla adhesiva para mosaicos y chapas acopiadas en un obrador ubicado en la calle Reconquista 359, dependiente del gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

También alegó que las pericias y las fotos reunidas en el legajo no demuestran que Cardozo haya ejercido la fuerza en las cosas típicamente exigida, por lo que entendió que esa conducta debía calificarse como tentativa de hurto a tenor de los arts. 42 y 162 del Código Penal.

II. Acorde con la doctrina judicial establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Casal*” (Fallos: 328:3329), se impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (cfr. considerando 23 del voto de

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CFP 3162/2013/TO1/CNC1

los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay).

Entonces, y toda vez que la defensa ha invocado una arbitraria apreciación de la prueba de cargo, corresponde recordar, una vez más, que el intercambio, fruto de la inmediación y de la oralidad, confiere a los magistrados la libertad de apreciación de la prueba a través de la libre convicción en mérito a lo visto y lo oído en el debate, permitiéndole extraer conclusiones acerca de la veracidad y firmeza de quienes declaran en tal oportunidad procesal, siendo la arbitrariedad el límite de dicha facultad.

Es que, aun interpretándose al recurso de casación penal con la mayor amplitud que el régimen procesal vigente permite, esto es, habilitando la revisión integral de la sentencia recurrida, de ella se encontrará naturalmente excluida la prueba recibida oralmente y no registrada, dada la imposibilidad fáctica de hacerlo en ese caso, y especialmente la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, en la medida en que la misma haya sido fundada (cfr. C.S.J.N., C.1757.XL Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa —causa N° 1681”, cit.).

La ley, en efecto, no impone normas generales para comprobar algunos ilícitos, ni fija en abstracto el valor de cada prueba, dejando al arbitrio del sentenciante en libertad de admitir la que tenga por útil y conducente a los fines del proceso, asignándole, dentro de los límites fijados por la razonabilidad, el valor que asumen para la determinación de los hechos.

La hermenéutica de nuestro Código Procesal Penal de la Nación se rige, en efecto, por la libertad de apreciación de la prueba las reglas de la sana crítica (arts. 206 y 398, segundo párrafo del C.P.P.N), lo cual significa que no hay regla alguna que imponga un modo determinado de probar los hechos de la acusación, ni un número mínimo de elementos de prueba. Sin un sistema de prueba tasada, la pluralidad de testigos deja de ser un requisito esencial e intrínseco de la prueba testifical, y la convicción judicial, como resultado del acto de producción y valoración de la prueba, no depende necesariamente de la

existencia de un mayor o menor número de elementos de prueba, por caso, de un número plural de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, por lo que puede bastar el valor convictivo de un testigo único, incluso de la propia víctima (confr. desde la perspectiva comparada para el procedimiento español, Miranda Estrampes, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 184).

Los jueces de un tribunal de Casación, por definición, carecen de inmediación en relación a la prueba recibida en la causa, y por lo tanto no está en condiciones de apreciar la exactitud de esas percepciones transmitidas por el tribunal de juicio. Se carece, en suma, de la información que sí tienen los jueces de la instancia, y solamente se conocen los dichos del testigo de manera mediata. Así, la impresión sobre “la contundencia” y verosimilitud surgida el desempeño de aquel no puede ser objeto de revisión en esta instancia.

Ello sentado, respecto a este agravio, cabe destacar que el imputado Cardozo fue condenado en calidad de coautor, ya que el hecho también fue atribuido al coimputado Oscar Marcelo Pérez. Como lo explicita el *a quo*, el encausado ejecutó con aquél la obra criminal decidida en común. Es decir, que ambos forzaron el perímetro del obrador, apoderándose y desplazando los objetos allí depositados, y luego incautados por la prevención policial. Es por esa razón que no se precisan las circunstancias del empleo de la fuerza material por parte de Cardozo en la tarea compartida con Pérez.

El suceso fue bien calificado como robo simple por el tribunal, pues para que esta figura se materialice es necesario el uso de fuerza *en las cosas*, esto es, la que el agente dirige a superar la resistencia que le opone la cosa misma u otros reparos relacionados con ella, con el fin de lograr el apoderamiento. La fuerza puede estar expresada en cualquier acción que provoque una modificación permanente, y debe además, ser *anormal*, o sea, superior a la que realiza el legítimo tenedor cuando interactúa con la cosa.

En esa inteligencia, la reseña del hecho surgida de las actuaciones preliminares (cfr. pericia de fs. 894 y 899 vta.), permite

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CFP 3162/2013/TO1/CNC1

inferir sin esfuerzo que los imputados violentaron – mediante la utilización de un elemento duro en su extremo, similar a una barreta – los listones de la parte trasera izquierda que unían dos de las cuatro chapas amarillas que conformaban la estructura perimetral rectangular del obrador.

Concurren presuncionalmente en favor de la anterior interpretación, los informes periciales incorporados al debate (cfr. fs. 1461), y el testimonio de Pablo Ariel Plantez (cfr. fs. 1460vta. /1461) quien manifestó que el cerramiento fue violentado y que el lugar estaba habitualmente cerrado por el personal que allí trabaja. Es por lo antes expuesto, que debe rechazarse este agravio.

III. La defensa planteó asimismo la nulidad parcial del alegato fiscal en el marco de la imputación en la causa n° 4546 por considerar que el representante del Ministerio Público cambió sin fundamento la subordinación legal del hecho de robo simple tentado a robo por escalamiento en grado de tentativa y que, de ese modo, se vulneraron los principios de congruencia y de defensa en juicio. Explicó que la acusación consta de un aspecto jurídico y otro fáctico y que si se modifica el criterio normativo de imputación se produce una mutación del objeto de juicio. Concluyó que se derivó, como consecuencia para su asistido, un evidente perjuicio por la escala penal más gravosa de la figura penal finalmente aplicada.

Acerca del principio de congruencia, cabe recordar como punto de partida, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que: “[...] en orden a la justicia represiva, es deber de los magistrados, cualesquiera que fuesen las peticiones de la acusación y la defensa o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, [...] deber que encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia del juicio [...]” (Fallos, 316:2713); doctrina de la que cabe recoger que el principio al que alude –el de congruencia– se verá conculcado siempre que no exista identidad entre el hecho imputado en

la indagatoria, el incluido en el auto de procesamiento, el que fue materia de acusación y el que la sentencia tuvo por recreado.

Ciertamente, “el principio de congruencia exige que el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva” (confr. Fallos: 330:5020, voto de los ministros Ricardo L. Lorenzetti y E. Raúl Zaffaroni). Se ha sostenido que el principio de correlación “[...] de ordinario [...] solo pretende que el fallo no aprecie un hecho distinto al acusado, ni valore circunstancias no introducidas por la acusación” (confr. Maier, J., *Derecho Procesal Penal*, T. I. *Fundamentos*, Editores del Puerto, 2ª edición, 2ª reimpresión, Bs. As., 2002, p. 569), siendo así lo fundamental que los cambios no hayan desbaratado la estrategia defensiva del acusado impidiéndole formular sus descargos.

En el *sub examine* no aparece demostrada ninguna fractura de la continuidad óptica expresada en la imputación, la que, como tal, se ha mantenido inalterable a lo largo de todo el proceso.

En efecto, desde esa definición doctrinaria tradicional del mentado principio, puede concluirse válidamente que aquella identidad, como expresión concreta de la garantía de defensa en juicio (art. 18, CN), no se ve menoscabada, por el simple hecho de haberse modificado la adecuación típica de la conducta.

El recurrente no ha mencionado de qué defensa se ha visto privado, o de cuales elementos de prueba no pudo hacer uso a los efectos de llevar adelante su estrategia. Máxime cuando el núcleo esencial del contenido de la acusación, esto es, el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble ajena con fuerza en las cosas, que le fue imputado en calidad de autor, no experimentó modificación alguna.

Por lo expuesto, también corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa en este punto.

IV. El recurrente intenta asimismo reeditar el agravio tratado anteriormente bajo un nuevo ropaje argumental dirigido a demostrar que del debate no surgieron circunstancias nuevas que

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CFP 3162/2013/TO1/CNC1

habiliten el cambio de calificación. Sostuvo en ese sentido, que tampoco está verificado el dato fáctico que sostiene la agravante del *escalamiento*, pues este supuesto lleva implícito el empleo de un esfuerzo extraordinario que no se demostró que hubiera realizado Cardozo.

En este punto, el defensor sólo traduce sus discrepancias en torno a la prueba del suceso imputado, lo cual -en principio- se encuentra por fuera del recurso de casación tal como lo expuse en el punto I de esta resolución. Tampoco parece descaminada la conclusión a la que arriba el Tribunal de mérito que valoró la conducta desplegada por Cardozo, a partir de la descripción realizada por dos testigos presenciales, para tener por abastecido el tipo penal agravado.

En efecto, según las declaraciones testimoniales coincidentes de Mario Gualberto Taborda y Fernando Sánchez (cfr. fs. 1486 en la resolución recurrida), el imputado fue visto “colgado de un poste”, del que seguidamente descendió con el *led* en su poder. Dicho artefacto estaba colocado sobre una columna de unos tres metros y medio de altura, sostenida por una estructura de hierro con escalones de metal de los que se valió Cardozo para subir y hacerse del objeto. Esta conducta, conforme seguidamente expondré, cumple plenamente las exigencias del art. 167 inc. 4° en función del art. 163 inc. 4° del Código Penal.

Cabe aquí tener presente que el Código Penal solo incluye el vocablo *escalamiento*. Es este, un supuesto en el que, para una adecuada hermenéutica, la primera referencia de sentido reconduce al significado propio de las palabras según la conexión que éstas tienen en el texto interpretado; en primer término, el significado que emerge del criterio literal, basado en el código lingüístico (léxico, gramática, sintaxis) de la comunidad destinataria del enunciado normativo. Dado el principio de taxatividad que rige en el derecho penal, el significado propio de los términos es el que aparece más obvio, aquél que las palabras asumen en el uso lingüístico más consolidado en cuanto a su significado literal prevalente o principal. En la mayoría de los casos, este significado admite al mismo tiempo una serie de significados alternativos secundarios que se alejan más o menos del significado prevalente. Pero este último es el que se constituye en el imprescindible punto de partida

de toda ulterior forma de interpretación, que podrá ajustarse pero nunca contradecirlo o volverlo equívoco.

Conforme a esta pauta interpretativa, según el uso común del lenguaje, *escalamiento* remite a la acción y efecto de *escalar*, y *escalar*, en la segunda acepción que da el diccionario de la Real Academia Española, significa “subir, trepar a una gran altura”. Esta definición se ve convalidada por los datos proporcionados por la evolución histórica de la agravante explicada y conceptualmente enriquecida por el aporte de reconocida doctrina penalística.

Ya en el proyecto Tejedor se encontraba previsto el escalamiento como un robo con violencia material en las cosas. En las notas de dicha norma expresaba su autor, que aquella modalidad delictiva se perpetraba cuando el ladrón “sube, penetra ascendiendo a una casa cerrada por medio de expedientes improvisados o de aparatos preparados de antemano” (cfr. Donna E., *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo II-B, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2004, p. 75). El antecedente del Código Penal de 1886 mantuvo esta agravante del robo y el Código Penal de 1921 la incorporó, también, como una forma de calificar el hurto.

Si bien los Proyectos de 1891 y 1906 lo definieron, en la parte general, como “la penetración por vía no destinada a servir de entrada”, esta fórmula no fue finalmente adoptada en el Proyecto de 1917 donde sólo se hace referencia a la palabra *escalamiento* sin especificar su significado (cfr. Laje Anaya J., *El hurto en la doctrina judicial argentina*, Alveroni Ediciones, Córdoba, 2003, p. 377 y 378). Tal omisión por parte del legislador, no puede ser considerada casual o involuntaria, sino que debe interpretarse como una manera de no restringir el significado de la expresión sólo a aquél supuesto. El autor antes citado sostiene que “la eliminación del concepto jurídico del escalamiento, contenido en los proyectos de 1891 y de 1906...muy posiblemente pudo haberse debido a la idea de Rodolfo Moreno, que entendía que también el escalamiento podía ser para salir” (cfr. J. Laje Anaya, *ob. cit.*, nota 543).

En el ámbito comparado, la doctrina y jurisprudencia española se ha expedido en análogo sentido con motivo de la discusión

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CFP 3162/2013/TO1/CNC1

en torno de una fórmula similar, para definir la figura del escalamiento que establecía el Código Penal español. Así se ha afirmado que “cuando el legislador omite la definición que anteriormente daba (robo por escalamiento como la entrada en el lugar del robo por una vía que no fuera la destinada al efecto) obliga a renunciar a la exigencia *de que el escalamiento sea el medio de introducirse en un edificio*. Con ello se amplía el concepto de escalamiento, que ahora comprende todos los casos en que el sujeto tome una cosa que se halla fuera del alcance de su mano, valiéndose de cualquier clase de medios para suplir la distancia que le separa de la cosa que ya no es necesario que encuentre dentro de una casa, sino que puede estar en un paramento exterior de ella o incluso fuera de todo lugar edificado, v. gr. bombillas del poste de alumbrado público” (cfr. Rodríguez Devesa J., *Derecho penal español. Parte especial*, Depalma, Madrid, 1983, p. 531, y sentencia citada en la nota 15 por dicho autor, en donde se expresó que la supresión del párrafo explicativo de la circunstancia 1 del art. 504 dota de mayor amplitud al concepto de escalamiento).

Es entonces pertinente, inferir que el vocablo *escalamiento* remite a dos aspectos que lo connotan: la defensa de la cosa y la actitud del reo. El primero, requiere que las cosas estén protegidas por vallas o defensas con fines de exclusión y resguardo. El segundo, exige que el autor despliegue un esfuerzo corporal, para superar esas vallas o defensas predispuesta al apoderamiento.

Las defensas denotan la intención de dificultar el apoderamiento pero no significa que tienen que haber sido, necesariamente, *predispuestas* con el fin principal de defender los bienes - por parte del propietario- sino que esa función de defensa puede surgir de la naturaleza misma del obstáculo y de las demás circunstancias que se relacionan con la cosa (ubicación, estructura, etcétera) (así, Creus C., *Teoría del delito y de la pena*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 412 y 413; Laje Anaya J., ob. cit., p. 377 y 378).

En esa situación se plantea el caso en examen, donde, si bien la instalación del *led* a tres metros y medio de altura no tuvo primariamente en miras obstaculizar su apoderamiento por parte de

terceros, sí es posible afirmar que representa por esa sola circunstancia un obstáculo natural que debió ser superado, ganado o vencido con un esfuerzo extraordinario y con el despliegue de una significativa energía y determinación criminal.

Ello, en sí mismo, como lo expresa aquilatada doctrina (cfr. Núñez C., *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1988, p. 223; Fontán Balestra C., *Tratado de Derecho Penal, Parte Especial*, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 434; Tozzini C., *Los Delitos de Hurto y Robo*, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 213 y 214; Molinario A., *Derecho Penal*, Talleres Gráficos Emilio Bustos, La Plata, Buenos Aires, 1943, p. 473; Creus C., *ob. cit.*, p. 412 y 413), confirma que el fundamento de la agravante atiende a la mayor peligrosidad del autor, que, con su accionar, revela la astucia, destreza y habilidad que utiliza el sujeto para acceder al lugar en donde se encuentra la cosa. Aquí lo relevante es que el agente venza las defensas que se oponen a su apoderamiento mediante esfuerzo, agilidad o artificio.

En otros términos, no resulta necesario para configurar la agravante en cuestión, que el sujeto deba hacer un esfuerzo físico extraordinario -conforme sostiene la defensa-, pues basta con que este utilice agilidad y esfuerzo para vencer la objetiva dificultad impuesta por la propia constitución de la cosa, tal como aconteció con la conducta desplegada por el imputado.

En razón de lo expuesto, considero que resulta correcta la decisión del tribunal y procedente el rechazo de este motivo de agravio.

V. Cuanto concierne al agravio por *insignificancia* de la cosa sustraída, no se advierte que la acción del imputado haya carecido del nivel de ofensividad suficiente para afectar al bien jurídico protegido. El valor del *led* de iluminación, conforme surge del informe de fs. 1354 vta., asciende aproximadamente a la suma de tres mil quinientos pesos mientras que cada bolsa de mezcla adhesiva se comercializa a cuatrocientos pesos. Teniendo en cuenta esos valores, es que resulta falaz el argumento de que su valor decrece porque forma parte del patrimonio del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que cuenta con un presupuesto de grandes proporciones. Es que, sin perjuicio del valor

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CFP 3162/2013/TO1/CNC1

en concreto de los elementos que se intentaron sustraer, el tipo penal impone en abstracto una pena que no incluye aquel análisis comparativo que pretende instalar la defensa, en el que propone efectuar una distinta valoración del bien según la capacidad patrimonial del damnificado.

De ese modo, la pena aplicada a Cardozo en el marco de esa causa, no resulta desproporcionada y guarda adecuado correlato con el rango de las escalas penales aplicables al caso.

VI. Tampoco lleva razón la defensa cuando —en otro de sus agravios— manifiesta que las argumentaciones del *a quo* para sustentar la pena impuesta no satisfacen el requisito de motivación y constituyen un fundamento aparente ya que no se evaluaron otros significativos elementos para atenuar la pena impuesta. Se agravia, por caso, que a su defendido no se le haya impuesto el mínimo legal previsto. Los fundamentos brindados por el tribunal, empero, resultan suficientes a efectos de individualizar la sanción que le corresponde a Cardozo, y resulta razonable, aún sin integrar agravantes a la compulsa, que la pena impuesta esté por sobre el mínimo pues medió un concurso real entre los delitos imputados.

VII. Con relación al planteo de inconstitucionalidad de los artículos 14 y 50 del Código de fondo efectuado por la defensa, ya tuve ocasión de expedirme como juez del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en la causa n° 43.085, “*González Bruno Ignacio s/ recurso de casación*”, entre otras; y como juez de esta sala (resoluciones n° 267/2015, 390/2015, 420/2015, 540/2015) que, por no pertenecer la reincidencia a la estructura del hecho típico, no puede comprometer la garantía del *non bis in idem*, en tanto la incidencia que una condena anterior pueda llegar a adquirir sobre la modalidad de cumplimiento de una pena actual no importa volver a juzgar el hecho precedente.

La circunstancia de que la reincidencia obre como un impedimento para la obtención del beneficio de la libertad condicional, si bien parte de la consideración de la condena anterior, no importa el sometimiento del imputado a otro proceso sobre la misma materia, ni afecta el carácter de cosa juzgada del pronunciamiento condenatorio antecedente. Solamente se valora el desprecio por la pena que pone en

evidencia quien pese a haberla sufrido antes recae en el delito y lo que interesa 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” (C.S.J.N. in re “Gómez Dávalos, Sinforiano s/recurso de revisión”, rta. el 16 de octubre de 1986; “Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad”, M. 1395. XLII. REX; “Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154”, A. 577. XLV. RHE; “Taboada Ortiz, Víctor s/ inf. Art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil –causa n° 6457/09–, T. 294. XLV. RHE; “Gómez, Humberto Rodolfo s/ causa n° 13.074”, G. 506. XLVII. RHE; “Arévalo Martín Salomón s/ causa n° 11835”, rta. el 27 de mayo de 2014 y “Mayo Miguel Ángel s/ recurso extraordinario”, rta. el 21 de febrero de 2015).

Una significativa pauta hermenéutica surge, en sentido convergente, de la doctrina judicial comparada (cfr. Suprema Corte de los Estados Unidos, *Moore v. Missouri* (25/11/1895 U.S. Reports Vol. 159, p. 673) teniendo en cuenta que la Constitución de aquel país no solo se halla inspirada en los mismos principios políticos que la nuestra, sino porque la garantía del non bis in idem se encuentra expresamente consagrada mediante su quinta enmienda. En el indicado sentido y en ambos ordenamientos, la norma que establece que una persona condenada anteriormente debe ser penada con más severidad por un segundo delito, no entraña afectación ninguna de la garantía contra el doble juzgamiento.

Por su parte, tampoco cabría acoger el agravio basado en la errónea aplicación del art. 50 del C.P., en cuanto a las exigencias temporales de pena que el condenado debe haber cumplido como tal.

En efecto, conforme los argumentos expuestos como integrante de esta Cámara, en la causa n° CCC 53971/14/TO1/CNC1, “Diaz Leonardo Demián s/ portación de arma de uso civil” (Registro 390/2015), el Código Penal vigente impuso a través de la sanción de la ley 23.057 el sistema de la reincidencia real, que requiere el cumplimiento de la pena anterior, aunque sea parcial. Así es que el artículo 50, en la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CFP 3162/2013/TO1/CNC1

parte de interés para decidir esta cuestión, establece que “...habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad impuesta por un tribunal del país cometiere un nuevo delito con esa clase de pena”.

Entonces, a los fines de la reincidencia, cualquier tiempo de pena es suficiente como cumplimiento parcial de la condena, por lo cual si el condenado cumplió luego de la condena un tiempo de detención, aunque escaso, se satisfacen las exigencias de la normativa en cuestión. Para hacer aplicable este artículo no se requiere el sometimiento efectivo al régimen progresivo de la ley de ejecución penal, ni haber alcanzado etapa concreta alguna, bastando, además, desde el punto de vista de la experiencia personal, con que el individuo haya sentido en sí mismo y comprendido que una determinada privación de libertad obedecía a una decisión condenatoria aplicada por la justicia penal, después de un debido proceso y en razón de haber sido encontrado culpable por la comisión de un delito.

Teniendo en cuenta que Cardozo registra una condena anterior de fecha del 22 de mayo de 2009, la cual fue agotada en detención, corresponde el rechazo del planteo efectuado.

En conclusión, corresponde confirmar los puntos I, III, X y XI de la sentencia recurrida.

VIII. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo que se rechace el recurso de casación interpuesto por la defensa de José Luis Cardozo y se confirme la resolución recurrida, sin costas (artículos 470, 471, ambos *a contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Pablo Jantus dijo:

a. Coincido con el doctor Carlos Mahiques en que el fallo en revisión presenta buenas razones que conducen a rechazar el agravio

de la defensa vinculado con la errónea calificación legal del hecho investigado en la causa n° 4342.

En efecto, para acreditar la *fuerza en las cosas* que requiere el tipo objetivo de robo (art. 164 CP) y que agrava la figura básica contenida en el art. 162 del mismo ordenamiento –por el mayor desvalor que implica su empleo, en tanto es significativa de un mayor esfuerzo por parte del autor– el Tribunal recurrió, en primer lugar, a la peritación de fs. 899.

Dicho estudio da cuenta de que el depósito de obra del que fueron sustraídos los elementos se conformaba con chapa y listones de madera unidos por clavos, cerrado con cadena y candado; y que sobre el lado trasero izquierdo se constató que esos tablones estaban doblados y los clavos que unían la estructura fuera de la posición original, producto de haber utilizado un instrumento duro con punta en su extremo, como una barreta o similar.

Luego, se vinculó esa evidencia con la declaración del oficial de policía Plantez, quien afirmó que advirtió las condiciones del cerramiento luego de hallar al imputado en poder los bienes aludidos, y explicó que el lugar quedaba, por la noche, cerrado, con cadena y candado.

Por último, se hizo también alusión en la sentencia al descargo del propio imputado, quien reconoció haber separado o destrabado las chapas que rodeaban el depósito y que se hallaban unidas por clavos.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CFP 3162/2013/TO1/CNC1

De tal forma es correcto sostener, como lo hace el Tribunal, que si el local quedó cerrado al finalizar el día y Cardozo fue encontrando, horas más tarde, por la noche, con bolsas extraídas de su interior, fue él quien ejerció una fuerza anormal o superior para quebrar la resistencia de las maderas que aseguraban los materiales que se hallaban en su interior y acceder a ellos, como en definitiva él mismo admitió.

En este sentido, es claro desde mi punto de vista que la sujeción del perímetro del almacén con clavos de las características indicadas es suficiente para resguardar la cosa o ponerla bajo custodia por parte del propietario, con lo que la acción descripta importa efectivamente una remoción que reúne las exigencias del tipo objetivo (cf. E. A. Donna, *Derecho Penal, parte especial*, Rubinzal Culzoni, 2001, t. II B, 2ª edición actualizada, pp. 154/162).

b. Sin embargo, discrepo con mi colega en punto a la aplicación del agravante en razón del modo de comisión del robo en el caso investigado en la causa 4546 (arts. 167 inciso 4º en función del 163 inciso 4º CP) pues considero, de adverso a lo que él sostiene, que el tipo objetivo del que se trata requiere para ser completado, además del “esfuerzo, agilidad o artificio de parte del autor para violar la mayor defensa puesta por el propietario en resguardo de la cosa” (cf. C. A. Tozzini, *Los delitos de hurto y robo en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia*, Depalma, Bs. As. 1995, pp. 212/213), que se trate de una *casa, edificio, local o recinto*.

En efecto, conforme explica el autor recién citado (Tozzini, *idem*), Tejedor trataba el escalamiento como *medio fraudulento de introducción en una casa* para consumar el delito, con lo que tradicionalmente se ha aplicado a quien *entra ascendiendo* (Tejedor), y por una *vía no permitida* (Proyecto de 1891).

A similar conclusión arriba R. Moreno (h) al sostener que los caracteres esenciales del escalamiento son tres: se requiere la entrada o salida a un *edificio o recinto*; se necesita que la entrada o salida se verifique para cometer el delito o para transportar la cosa objeto del mismo, y es preciso que la entrada o salida se lleve a cabo por un lugar distinto del destinado al tránsito ordinario de las personas (v. *El Código Penal y sus antecedentes*, H. A. Tommasi editor, Bs. As. 1923, t. V, p. 123).

Al analizar los antecedentes de la norma, dicho autor explica que “en el proyecto del doctor Tejedor se incurría en robo sin violencia ni intimidación en las personas cuando se perpetrada con escalamiento, perforación de pared o cerco, o introduciéndose por conducto subterráneo, o por vía que no esté destinada a servir de entrada al edificio. Sobre el escalamiento, decía la nota que este tiene lugar siempre que el ladrón sube, penetra ascendiendo a una *casa* cerrada por medio de expedientes improvisados o de aparatos preparados de antemano”.

Seguidamente, al referirse a los significados del elemento en cuestión, refiere que el “el término escalamiento se usa en la legislación desde hace mucho tiempo. Se considera que el hurto con escalamiento era aquél que se efectuaba saltando paredes, muros o fosos protectores

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CFP 3162/2013/TO1/CNC1

de los *edificios*, y como a esos efectos era preciso el uso de escalas, el delito se caracterizó especialmente por razón del instrumento empleado para cometerlo. El significado actual es otro, y se entiende que concurre el escalamiento cuando el agente penetra al *recinto, local o edificio* por una vía distinta a la que se destina para entrar o salir, y ya sea que se use o no de escalas, que se empleen otros medios que se salten fosos o paredes, que se excave un subterráneo o se coloquen sogas o alambres” (R. Moreno –h–, *ídem*).

R. C. Núñez alude al *recinto defensivo* de la cosa –que debe ser superado por el esfuerzo, agilidad o artificio del autor– y sostiene que la calificante no debe definirse como la simple entrada por vía no destinada al efecto, sino que requiere que aquél penetre o entre al *recinto cerrado* donde se halla la cosa objeto del hurto; luego, efectúa consideraciones acerca de si se perpetra o no con la salida o si puede ser externo o interno, pero siempre en referencia al límite de la propiedad, objeto de clausura o cerramiento (*Derecho Penal Argentino, parte especial*, Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1967, t V, pp. 207/211).

Por su parte, Donna refiere que “se puede hacer una interpretación teleológica y, siguiendo al proyecto de 1891 y al proyecto Tejedor, de donde surgió esta fórmula, decir que habrá escalamiento cuando se penetre por vía no destinada a servir de entrada (...) la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, ha interpretado el escalamiento como »entrada al lugar por vía no destinada al efecto« (...) lo trascendental no es que el agente trepe, ascienda o suba, sino que lo verdaderamente relevante es que logre acceder a los bienes muebles de los que pretende apoderarse, por vía insólita o desacostumbrada, es decir, valiéndose de una conducta que no sea la natural o aquella de la que usualmente se sirven los titulares de dichos bienes para llegar a ellos, conducta de singular peligrosidad que revela el sujeto para vencer o

burlar los obstáculos o defensas naturales o artificiales protectoras de la propiedad. Con este concepto se evitan las interpretaciones que amplían el concepto más allá de lo natural, hasta comprender los casos en los que el sujeto, sin entrar en sitio alguno, accede a cosas que se encuentran fuera del alcance de su mano, como, verbigracia, bombillas del alumbrado público inaccesibles sin medios de ayuda que permitan llegar a ellos (E. A. Donna, ob. cit., pp. 127/128).

Consideraciones parecidas efectúa Francisco Muñoz Conde (*Derecho Penal, parte especial*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, 19ª edición, completamente revisada y puesta al día, pp. 371/372) al explicar que el Código Penal español tampoco contiene una definición de escalamiento, y cita como pauta interpretativa el de 1932 que aludía a la *entrada en el lugar del robo por una vía que no fuera la destinada al efecto*. Refiere también que “la doctrina tradicional se mostraba partidaria de una extensión mucho mayor, al estimar como robo con escalo el apoderamiento de bombillas de alumbrado público, aunque ya algún autor exigía, por lo menos, un acceso personal ilícito al lugar donde se hallan las cosas objeto de sustracción. Así, por ejemplo, se consideraba que no había robo sino hurto en la sustracción de prendas o jamones con una cuerda o palo desde fuera del lugar donde se hallan. Esta interpretación parece más acorde no sólo con el sentido gramatical de la palabra escalamiento, sino con el sentido político-criminal que tiene esta agravación que no puede ser otro que un mayor contenido de injusto derivado de un mayor desvalor de la acción que vulnera las barreras defensivas de la propiedad. De todos modos, es irrelevante el lugar por donde se penetre en el local (huecos, ventanas, chimenas) y el medio utilizado (...)”.

Incluso Soler (S. Soler, *Derecho Penal Argentino*, Tea, Bs. As. 1992, t. IV, pp. 246/252), luego de efectuar consideraciones acerca del

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CFP 3162/2013/TO1/CNC1

esfuerzo corporal por parte del autor y del vencimiento de obstáculos dispuestos por el propietario, y pese a inclinarse por descartar la exigencia de la penetración, se refiere a las *resistencias prepuestas en defensa* aludiendo, siempre, a tipos de cercamiento –vgr. tapia, cerco o muros de la habitación (en este sentido, son también pertinentes las citas que trae Eusebio Gómez en *Leyes penales anotadas*, Ediar, Bs. As. 1954, t. III, pp. 65/67)–.

En definitiva, considero que más allá de la escueta redacción actual del art. 163 inciso 4° CP (cf. Ley n° 11.179), el delito de hurto –o robo en caso de mediar, asimismo, fuerza en las cosas– agravado por escalamiento se satisface sólo en la medida en que, además del esfuerzo físico por parte del autor y el vencimiento de la defensa de la cosa, ésta se encuentre en alguna de las dependencias antes mencionadas.

Considero que esta es una interpretación adecuada a los antecedentes legislativos y que mejor se ajusta, por ser más restrictiva, a los parámetros fundamentales de legalidad.

Entiendo también que esa ha sido la interpretación tanto jurisprudencial como doctrinal inveterada e indiscutida tal como surge de los antecedentes mencionados previamente, en tanto, reitero, más allá de si el método empleado es para ingresar o egresar, ascender o descender y aún penetrar, existe acuerdo acerca de la naturaleza de la defensa puesta por el propietario para defender el objeto: se trata, siempre, del cercamiento de una casa, local, edificio, y por eso las referencias al escalamiento de una tapia, muro, pared o cerco, que requiere, para ser superada, de un cierto esfuerzo.

Con tales premisas, debo necesariamente concluir que la acción del imputado Cardozo, de trepar al poste de alumbrado público, aun cuando requiera de considerable esfuerzo y agilidad, no ha sido dirigida a vencer la defensa comentada, con lo que la agravante no puede ser aplicada sin perjuicio del impacto que puedan tener tales circunstancias objetivas en la determinación de la pena.

c. Por otro lado, y por compartir sus fundamentos, presto mi adhesión al voto del doctor Mahiques en tanto rechaza el planteo de la defensa que sostiene que los dos hechos imputados a Cardozo son atípicos por su insignificante lesividad o afectación al bien jurídico propiedad, y la desproporcionalidad derivada de la imposición de una pena en ese caso. En efecto, considero que las circunstancias del suceso, relevadas en el voto que antecede, dan suficiente cuenta de que los bienes que fueron objeto de sustracción no poseen el nimio valor que la parte recurrente pretende asignarles.

d. Lo expuesto hasta aquí torna abstracto el tratamiento de los agravios de la defensa vinculados con la nulidad del alegato fiscal por violación al principio de congruencia entre los hechos que fueron materia de acusación y arbitrariedad en la mensuración de la pena.

e. Con relación al planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia, el caso resulta sustancialmente análogo al tratado en la causa “Olea” de esta Sala (CCC 1070/2006/TO1/1/CNC1, caratulada “Legajo de ejecución penal en autos Olea, Héctor Federico s/robo con armas”, Rta. 24/6/15, Reg. n° 192/2015 y citas: Néstor Sagües, *Compendio de derecho procesal*

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CFP 3162/2013/TO1/CNC1

constitucional, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 2011, pp. 185, 281, 285, 290; Alberto Bianchi, *Control de constitucionalidad*, 2a. edición actualizada, reestructurada y aumentada, Abaco, Bs. As., 2002, Tomo 1, p. 452 y ss. y CSJN, C. 595. XLIV, “Caetano Flores, Elbio Ciriaco”, Rta. 10/8/10, voto del juez Zaffaroni).

Por ello me remito a la fundamentación desarrollada allí con relación a que la Corte Suprema de Justicia, al fallar en el caso “Arévalo” (A. 558. XLVI, recurso de hecho “Arévalo, Martín Salomón s/ causa 11.835, rta. 27/5/2014), ratificó antigua jurisprudencia que sostenía la constitucionalidad del instituto de la reincidencia y su incidencia en el art. 14 CP (con remisión a los precedentes “Gómez Dávalos”, *Fallos*: 308:1938, “L'Eveque” *Fallos*: 311:1451 y “Gramajo” *Fallos*: 329:3680); en tal oportunidad el Máximo Tribunal ponderó el bloque constitucional incorporado en la reforma de 1994 y sentó un *holding* que debe acatarse en la medida en que no se desarrollen nuevos argumentos que permitan dejarlo de lado; y la defensa, al margen de su esmerada argumentación, no los ha presentado.

Por último, con relación al requisito temporal para que proceda la aplicación del instituto en el caso, conforme los argumentos desarrollados en la causa CCC 14999/2013/TO1/CNC3 “Ullua, Leandro Sebastian, Escobar, Jonathan Ricardo y Guantay, Dario Alberto” (Rta. 12/8/16, Reg. n° 605/2016), a los que me remito, considero que la interpretación armónica del art. 50 del Código Penal y de la Ley n° 24.660 sólo puede conducir a la conclusión de que, para ser reincidente, es necesario haber cumplido al menos la mitad de la condena anterior y haber sido sometido al régimen de progresividad que prevé la ley de ejecución penal, habiendo pasado por los períodos de observación y tratamiento.

Luego, para aplicar el instituto del que se trata el Tribunal consideró una condena que registra Cardozo de un año y seis meses de prisión, cuyo cumplimiento éste agotó en detención. Por ello entiendo que el antecedente en cuestión permite tener por satisfechos los recaudos del art. 50 cit., con lo que su consideración en el caso a fin de declarar reincidente al nombrado es adecuada.

En virtud de lo expuesto propongo al acuerdo: I. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas en esta instancia, y, en consecuencia, calificar el hecho por el que José Luis Cardozo fue condenado en la causa n° 4546 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 como constitutivo del delito de robo simple en grado de tentativa, por el que deberá responder como autor -y que concurre en forma real con el de robo en grado de tentativa, en calidad de coautor, por el que fue sancionado en la causa n° 4342 del mismo tribunal-, y remitir las actuaciones a otro tribunal oral para que determine la pena correspondiente. II. Rechazar parcialmente el recurso en cuestión y confirmar los puntos dispositivos III y XI del fallo, en tanto no hizo lugar al pedido de inconstitucionalidad del instituto contenido en el art. 50 CP y se declaró reincidente a Cardozo (arts. 5, 29 inciso 3°, 40, 41, 42, 45, 55, 164 del Código Penal y arts. 456, 457, 469, 470, 471, 474, 475, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Mario Magariños dijo:

-I-

En primer término, comparto las consideraciones del colega Mahiques en tanto en la sentencia recurrida se ha llevado adelante una correcta fijación de los hechos, de conformidad con las pautas establecidas por esta cámara en el precedente “Cajal” –proceso n° CCC

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CFP 3162/2013/TO1/CNC1

31507/2014/TO1/CNC1, registro n° 351/2015, sentencia del 14 de agosto de 2015- (ver voto del juez Magariños).

-II-

En cuanto al cuestionamiento de la resolución impugnada vinculado a la pretensión de que los comportamientos del condenado carecen de carácter delictivo debido a lo que el impugnante denomina como *insignificancia*, en el recurso no se ha fundado de modo adecuado la razón por la cual supondría una errónea interpretación y aplicación de las normas aquella que no toma en cuenta una circunstancia que la propia ley, de modo evidente, no contempla.

Esa falta de argumentación sobre el punto determina la inadmisibilidad del planteo.

Esta conclusión no se modifica por la invocación de normas o principios constitucionales, cuyo alcance, significación e incidencia para la resolución del caso el recurrente no explica, toda vez que ni siquiera logra claridad acerca de si se intenta articular una cuestión federal, debido a lo defectuoso del planteo.

-III-

En relación con el agravio referido a la errónea subsunción de una de las conductas desplegadas por el señor Cardozo, debido a su encuadre en la agravante de “escalamiento” (artículo 167 inc. 4, en función del 163 inc. 4, del Código Penal), corresponde revisar la decisión recurrida a fin de determinar el acierto o error en la aplicación al caso de esa calificante.

El colega Mahiques propone en su voto confirmar la sentencia pues considera que, en el caso, es correcto aplicar la aludida agravante, en tanto entiende que el fundamento de la norma se explica por la mayor peligrosidad del autor que, con su accionar, revela la astucia, destreza y habilidad que utiliza el sujeto para acceder al lugar donde se halla la cosa. Sobre este marco, se requiere que el autor realice un esfuerzo corporal para vencer una defensa que proteja a la cosa y se oponga a su apoderamiento, todo lo cual estaría dado, en el caso, por la altura a la que se ubicaba el *led* de iluminación, objeto del apoderamiento.

En el otro extremo, el colega Pablo Jantus señala en su voto que la agravante no debe aplicarse, en tanto considera que la norma exige además del esfuerzo físico del autor para el vencimiento de la defensa, que la cosa objeto de la acción se encuentre situada en el interior de una casa, edificio, local o recinto al que ascender, descender, ingresar, egresar o penetrar, lo que no concurre en el supuesto bajo estudio, dado que el objeto se encontraba en un poste de iluminación ubicado en la vía pública.

La diferencia en las posturas de mis colegas se reduce así a que, mientras en el criterio del primero de ellos el “escalamiento” viene definido por el esfuerzo corporal que exige al autor vencer la altura y con ello la defensa de la cosa objeto del apoderamiento, en el concepto del segundo solo se da el “escalamiento” frente a aquellos supuestos en que el autor *ingrese* o *egrese* mediante el esfuerzo físico al interior de un lugar en que la cosa se ubique.

Pues bien, parece claro que la cuestión no puede resolverse sólo con base en las palabras de la ley, es decir, a partir del método de interpretación gramatical, pues a poco que se observen las definiciones que el Diccionario de la Real Academia Española proporciona al término “escalar” (en tanto “escalamiento” es definido como “acción y efecto de escalar”), resulta evidente que la sola letra de la regla legal no será suficiente a los fines de encontrar una respuesta, dado que es definido como: “*Entrar* en una plaza, fuerte u otro lugar *valiéndose de escalas*”, “*Subir, trepar* por una gran pendiente o *a una gran altura*”, “*Subir*, no siempre por buenas artes, *a elevadas dignidades*”, “*Entrar* subrepticia o violentamente *en alguna parte*, o *salir de ella* rompiendo una pared, un tejado”, “Levantar la compuerta de la acequia para dar salida al agua”, “Abrir escalones o surcos en el terreno” (el destacado se agrega).

De este modo, si se considera el resultado que una interpretación sólo con base en la letra de la ley otorga, resulta que cada una de las posturas sostenidas por mis colegas hallaría sustento para la aplicación de la agravante, con base en las distintas acepciones gramaticales que posee el verbo “escalar”, razón por la cual no se

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CFP 3162/2013/TO1/CNC1

presenta éste como un método apto para adoptar una definición del caso.

El análisis desde la perspectiva del método histórico, permite observar que en el proyecto de Código Penal elaborado por el doctor Carlos Tejedor (año 1864), el “escalamiento” se encontraba regulado como una forma o modalidad de robo, en el inciso 1º del artículo cuarto del título octavo (“De los delitos contra la propiedad particular”) -cometido sin violencia ni intimidación a la persona-, en los siguientes términos: cuando el robo “se perpetre con escalamiento, perforación de pared o cerco, o introduciéndose por conducto subterráneo, o por vía que no esté destinada a servir de entrada al edificio”. En la nota al artículo se explicaba que “Hay escalamiento siempre que el ladrón sube, penetra ascendiendo a una casa cerrada por medio de expedientes improvisados, o de aparatos preparados de antemano” (*Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, Imprenta del Comercio del Plata, Buenos Aires, 1866, p. 395).

En el proyecto de los doctores Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan A. García (año 1881) se preveían en el artículo 318 los supuestos de hurto agravado “si se cometiese con alguna de las circunstancias siguientes: 1º con escalamiento o efracción; 2º usando de falsas llaves o de las verdaderas que se hubiesen obtenido fraudulentamente” (*Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, Imprenta de El Nacional, Buenos Aires, 1881).

Asimismo, en el proyecto de reforma del Código Penal de 1906 se regulaban las calificantes del delito de hurto en el artículo 178, entre las que se encontraba en el inciso 5º: “cuando se perpetrare con escalamiento”. En este proyecto se establecía la definición de *escalamiento* en el artículo 82, del siguiente modo: “Se entiende que hay escalamiento, cuando se penetra por vía que no esté destinada a servir de entrada” (*Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, redactado por la Comisión de Reformas Legislativas constituida por decreto del Poder Ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904, Tipográfica de la Cárcel de Encausados, Buenos Aires, 1906, p. 21 y 45).

Finalmente, en el Código Penal del año 1921 se reguló el “escalamiento” como un agravante del hurto, en idénticos términos a los que posee la redacción actual (conf. Rodolfo Moreno (h.), *El código penal y sus antecedentes*, Tomo 5, H. A. Tommasi, Buenos Aires, 1923, p. 122/123).

La reseña expuesta permite observar que una hermenéutica basada en la evolución histórica de la norma posibilita afirmar, por un lado, su vinculación, en un primer momento, al requisito de ingreso o penetración a un sitio determinado, pues así lo demuestra la redacción explícita contenida en el proyecto del doctor Tejedor, como la definición acuñada en el proyecto del año 1906, o bien, en razón de la equiparación que en el Código del año 1881 presentaba el “escalamiento” en relación con la “efracción”. Por otro lado, es también posible concluir, en sentido contrario, que la evolución de la regulación aplicada a la calificante demuestra una escisión de ella como modalidad de robo, en tanto el escalamiento no configura un ejercicio de fuerza en las cosas, y en esa misma dirección se orienta la diferenciación formulada con posterioridad con relación a la agravante de “efracción”, con miras a constituir así un supuesto de calificación no orientado a desvalorar el ingreso o penetración en un sitio determinado.

Un examen sistemático tampoco permite inclinarse por alguna de las dos posturas afirmadas por mis distinguidos colegas para explicar el sentido de la calificante. Así, si se observa la agravante en estudio, regulada en el inciso 4° del artículo 163 del Código Penal, en relación comparativa con la prevista en el inciso 3° del mismo artículo, esto es, con el supuesto de hurto “cuando se hiciera uso de ganzúa, llave falsa u otro instrumento semejante o de llave verdadera que hubiere sido sustraída, hallada o retenida”, podrá concluirse que éste inciso supone para su aplicación la utilización de los instrumentos en él mencionados para lograr el ingreso o egreso al ámbito donde se encuentre la cosa objeto de la sustracción, mediante el quebranto de una defensa de cerramiento destinada a protegerla (en este sentido, puede verse la opinión de Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, TEA, Buenos Aires, 1988, p. 245), por consiguiente la diferencia con el

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CFP 3162/2013/TO1/CNC1

“escalamiento” se reduciría al empleo de la destreza física por parte del autor, con el mismo objeto, es decir, ingresar o egresar al lugar donde se encuentre la cosa.

Sin embargo, esa interpretación deja sin explicación la regulación diferenciada que efectúa la ley, al ubicar en distintos incisos a cada una de las modalidades referidas, lo cual conduce a considerar que el legislador regula allí circunstancias de agravación que poseen un significado independiente entre ellas. Pero de ser ello así, tampoco puede hallarse la razón fundante y, a su vez, diferenciada de la calificante de “escalamiento” sólo en el desarrollo de un esfuerzo físico por parte del autor para vencer la altura, pues esto conduciría a afirmar su aplicación en el muy conocido caso de doctrina, referido a los niños que ascienden a la copa del árbol para hurtar las manzanas.

-IV-

De lo expuesto hasta aquí se deduce ya que, ni el solo esfuerzo físico del autor destinado a superar la altura supone por sí el fundamento de mayor disvalor contemplado por la calificante, ni constituye tampoco una exigencia de su aplicación el ingreso a un ámbito físico determinado.

La respuesta a la cuestión que el caso plantea se encuentra a través de una adecuada interpretación teleológica de la norma calificante contenida en el inciso 4º del artículo 167, en función del inciso 4º del artículo 163 de la ley penal.

Desde esa perspectiva, es dable observar que el empleo de un esfuerzo físico, agilidad o artificio puesto por el autor para escalar, debe hallarse orientado (conectado en su significado objetivo-normativo) a vencer las defensas predisuestas por el propietario de la cosa para su resguardo; este es el sentido de disvalor a partir del cual puede explicarse la razón de ser de la agravante en estudio y, a su vez, el marcado incremento de la escala penal prevista en la figura básica (robo simple), que pasa de 6 años a 10 años de prisión en su monto máximo.

Ese acentuado incremento en la escala punitiva se explica así, en aquellos supuestos en los que el autor supere, mediante el uso de un esfuerzo físico, destreza o artificio desarrollado para ascender o

descender, una defensa preconstituida de la cosa objeto de la acción de apoderamiento, con lo que se habrá quebrantado el mayor resguardo colocado para cumplir una función que posee un significado objetivo de protección.

En este sentido, enseña Sebastián Soler que “Hay escalamiento cuando el ladrón perpetra su hecho superando corporalmente los obstáculos **dispuestos como defensas preconstituidas** de cercamientos, mediante el empleo de un esfuerzo considerable de gran agilidad” (*ob. cit.*, p. 246, el resaltado se agrega); y añade el autor citado que la razón de ser de la calificante reside en el “vencimiento de resistencias prepuestas en defensa de la propiedad, mediante el empleo de las propias fuerzas” (*ob. cit.*, p. 248/249); en razón de que por defensas *preconstituidas* debe entenderse: “una esfera de vigilancia que rodea el objeto de la substracción” (*ob. cit.*, p. 242).

En lo conceptual, en cuanto al quebranto de una esfera de custodia preordenada como función, coincide Ricardo Nuñez al señalar que la agravante “se funda en **la violación por el ladrón de la mayor defensa privada**. Su esfuerzo, agilidad o artificio supera el recinto defensivo de la cosa” (*Derecho penal argentino*, Tomo V, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, p. 207/209, el resaltado se agrega).

Es necesario precisar que la superación de la protección preconstituida lograda por el autor a través del escalamiento, no significa que la norma requiera para su aplicación el ingreso o penetración en un ámbito físico, pues, para decirlo una vez más con palabras de Sebastián Soler: “Después de haber subido a la tapia, la mano puede ser bastante para alcanzar la cosa robada, y hay escalamiento porque **el sentido de esta agravante no proviene de la perturbación de la paz familiar (violación de domicilio), sino del vencimiento de resistencias prepuestas en defensa de la propiedad**, mediante el empleo de las propias fuerzas” (*ob. cit.*, p. 248/249, el resaltado se agrega); nuevamente, coincide en este punto Ricardo Nuñez al decir que, “la calificante no atiende a la defensa de la ‘propiedad’ entendida como casa o edificio, sino de las cosas muebles” (*ob. cit.*, p. 211).

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CFP 3162/2013/TO1/CNC1

En la misma línea, frente a normas legales que preveían expresamente el requisito de penetración o ingreso, Francesco Carrara señalaba que: “Una dificultad más común es la que resulta cuando el ladrón que ha ascendido [...], no ha entrado al recinto, sino que desde afuera, mediante ganchos u otros instrumentos, ha robado objetos que se encontraban en el interior. ¿Existe o no escalamiento? No existe frente a los códigos sardo (art. 619) y francés (art. 397), porque ambos exigen literalmente la *introducción de la persona*; tampoco existe según el artículo 383 del Código toscano, el cual (aunque no usa las palabras *introducirse* o *entrar*) requiere que el ladrón haya *ascendido* o *descendido* a un recinto. **Existiría, sin embargo, frente a los principios de la ciencia, ya que el resguardo puesto por el propietario ha sido superado**” (*Programa del curso de derecho criminal*, Vol. IV, Librería El Foro, 1º edición, Buenos Aires, 2010, p. 204/205 traducción de Sebastián Soler, Ricardo Nuñez y Ernesto Gavier, el resaltado se agrega, la bastardilla es del original).

La errónea consideración del requisito de ingreso o penetración del autor como elemento objetivo de la figura, agrega Soler, “proviene de la influencia que ejerce la tradición doctrinaria y legislativa, ya que en numerosas legislaciones el escalamiento está definido como el acto de vencer resistencias preconstituidas *para penetrar* en el lugar o bien la *entrada* al lugar por vía no destinada al efecto”, y de seguido afirma que “Con ello se sobrevalora la importancia de antecedentes doctrinarios válidos para otras leyes, porque, en realidad, **la nuestra no exige el requisito de penetración**” (*ob. cit.*, p. 248, el resaltado se agrega, la bastardilla es del original).

En síntesis, el fundamento de mayor disvalor radica en que mediante el ascenso o descenso, logrado a través de un esfuerzo físico o agilidad, se venza una defensa *preconstituida* para el resguardo del objeto de apropiación, sin necesidad de penetración, ingreso o egreso. Por consiguiente, si la cosa mueble a sustraer se encuentra ubicada sobre una pared o muro de gran altura, y su ubicación en ese sitio posee un sentido funcional de protección del objeto, lo único que se requiere para reunir

todos los elementos que la norma exige, es que el autor ascienda esa altura y se apropie del objeto.

-V-

Conforme todo lo arriba expuesto, en el caso traído a estudio se observa la ausencia del requisito típico consistente en que mediante su esfuerzo físico el autor haya vencido, al superar la altura, una defensa funcionalmente preconstituida para proteger la cosa objeto de la acción ilícita.

En efecto, la ubicación en altura del *led* de iluminación del que se apoderó el señor Cardozo, se explica por la función propia que ese elemento cumple, esto es, alumbrar artificialmente un amplio diámetro del espacio público; en consecuencia, la elevada ubicación en la que se encontraba la lámpara no fue predispuesta en función de su protección o resguardo. Dicho en otros términos, la altura del objeto obedece a su función específica, pero no posee el sentido de una defensa preconstituida.

De conformidad con la doctrina aquí establecida, corresponde entonces hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la defensa, casar la resolución impugnada en lo que respecta a la calificación jurídica asignada al suceso objeto del proceso n° 4546 en la sentencia impugnada, condenar a José Luis Cardozo como autor del delito de robo simple en grado de tentativa, y remitir las actuaciones a fin de que, mediante el correspondiente sorteo, se asigne el asunto a otro tribunal oral que determine el monto de pena a imponer al nombrado, conforme la escala legal aplicable al caso; sin costas (artículo 42 y 164 del Código Penal, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Este temperamento torna abstracto el planteo vinculado a la violación de la regla de congruencia también formulado por la defensa en su impugnación.

-VI-

En punto al cuestionamiento de legitimidad del instituto de la reincidencia efectuado por la defensa, en razón de las consideraciones formuladas en el precedente “Obredor” -proceso n° 25833/2014/TO1/2/CNC1, registro n° 312/2015, resolución del 4 de

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CFP 3162/2013/TO1/CNC1

agosto de 2015- (ver voto del juez Magariños), a las que cabe remitirse aquí en honor a la brevedad, corresponde declarar la inconstitucionalidad de los artículos 50 y 14 del Código Penal, toda vez que, por los motivos allí expuestos, esas reglas legales contradicen lo dispuesto en los artículos 16 y 19 (primer párrafo) de la Constitución Nacional (artículos 474 y 475 del Código Procesal Penal de la Nación).

Por ello, corresponde dejar sin efecto la declaración de reincidencia contenida en el punto dispositivo XI de la sentencia impugnada.

-VII-

Propongo, pues, rechazar parcialmente el recurso interpuesto y confirmar la resolución recurrida en punto a la valoración probatoria de los hechos y de la intervención del condenado en ellos, contenida en la sentencia (artículo 471 *a contrario sensu* del Código Procesal Penal de la Nación).

Asimismo, respecto del planteo formulado en el punto “d” del recurso de casación interpuesto, corresponde declararlo inadmisibles (artículos 444, 2º párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación).

Finalmente, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar la sentencia impugnada en lo que respecta a la subsunción típica asignada al hecho objeto del proceso n° 4546, el que debe calificarse como constitutivo de tentativa de robo simple, y remitir las actuaciones a fin de que, mediante el correspondiente sorteo, se asigne el asunto a otro tribunal oral que determine el monto de pena a imponer a José Luis Cardozo, conforme la escala legal aplicable al caso (artículos 42 y 164 del Código Penal, y artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

Por último, corresponde declarar la inconstitucionalidad de los artículos 14 y 50 del Código Penal, por conculcar lo establecido en los artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional y, en consecuencia, dejar sin efecto la declaración de reincidencia contenida en el punto dispositivo XI de la sentencia impugnada (artículos 474 y 475 del Código

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

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala 3 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría,

RESUELVE:

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa y **CASAR** el punto dispositivo X de la sentencia impugnada, en consecuencia, **MODIFICAR** la subsunción legal asignada al hecho atribuido a José Luis Cardozo en marco del proceso n° 4546, el que se califica como constitutivo de tentativa de robo simple –delito que concurre en forma real con el de robo en grado de tentativa por el que fue condenado en la causa n° 4342 del mismo tribunal–. **REMITIR** las actuaciones a fin de que, mediante el correspondiente sorteo, se asigne el asunto a otro tribunal oral que determine el monto de pena a imponer al nombrado, conforme la escala legal aplicable al caso; sin costas (artículos 42, 55 y 164 del Código Penal, y artículos 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa, en lo relativo a los demás agravios planteados; sin costas (arts. 470, 471, ambos *a contrario sensu*, 474, 475, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.y LEX 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

CARLOS A. MAHIQUES
–en disidencia parcial–

PABLO JANTUS

MARIO MAGARIÑOS
–en disidencia parcial–

Ante mí:

PAOLA DROPULICH

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CFP 3162/2013/TO1/CNC1

Secretaría de Cámara