

Reg. n° 699/2016

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 9 días del mes de septiembre de 2016, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis Fernando Niño, Eugenio Sarrabayrouse y Daniel Morin, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 778/797, en este proceso n° CCC 23104/2009/TO1/CNC1, caratulado “VILLARROEL, Darío Fabián s/ robo”, del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 de esta ciudad, por sentencia del 8 de julio de 2015, resolvió –en lo que aquí interesa–:

“I.- No hacer lugar a la nulidad solicitada por el señor Defensor Oficial, doctor Hernán Figueroa, respecto de la actividad desarrollada por el doctor Ramón A. Mosquera Villar, en el ejercicio de la defensa técnica de Darío Fabián Villarroel.

II.- CONDENAR a DARIO FABIÁN VILLARROEL, filiado en autos, como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse –hecho ocurrido el 15 de abril de 2009-, a la pena de TRES AÑOS de prisión en suspenso y COSTAS (artículos 5, 26, 29, inciso 3°, 40, 41, 45 y 166, inciso 2°, párrafo 3°

-según ley 25882-, del Código Penal, y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)

IV.- No hacer lugar a la extracción de testimonios, propuesta por el señor Defensor Público Oficial, doctor Hernán Figueroa, respecto de las declaraciones brindadas por Leonardo Jorge Gabriel Toto y Gabriel Sosa.

V.- No hacer lugar a la remisión de testimonios a la Cámara de la Seguridad Social de esta ciudad, para que se investigue, por parte de la empresa “Open 25”, el posible incumplimiento de las leyes laborales vigentes.”

II. Contra la sentencia condenatoria, la defensa interpuso recurso de casación (fs. 778/797), remedio procesal que fue concedido a fs. 798/800 por el tribunal de juicio.

III. Posteriormente, se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuyos integrantes decidieron otorgar al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación.

Luego, el recurrente presentó –en término de oficina– un escrito ampliando los fundamentos de los agravios introducidos en el recurso que originó la incidencia, al tiempo que mantuvo la reserva del caso federal (fs. 809/813).

IV. El 13 de abril del año en curso se celebró la audiencia prevista por los artículos 465, 4º párrafo, y 468 del cuerpo legal citado, de lo cual se dejó constancia en el expediente. Los agravios expresados

en el escrito recursivo y en el término de oficina fueron reiterados, en lo sustancial, por la defensa en esa oportunidad.

V. Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizada la audiencia, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Luis Fernando Niño dijo:

I.a Tal y como se consignó en el epígrafe, el tribunal oral condenó a Darío Fabián Villarroel por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo acreditarse de ningún modo.

Con el propósito de dar respuesta a los planteos de la defensa daré cuenta de los hechos tenidos por ciertos por el tribunal *a quo* y de las pruebas en las que dicha decisión se sustentó.

I.b Se tuvo por acreditado que *“Darío Fabián Villarroel, el 15 de Abril de 2009, siendo aproximadamente las 16 horas, ingresó en el local comercial de la firma ‘Open 25’ sito en Avenida Callao 186 de esta Ciudad y tras esgrimir un arma de fuego, manifestó a Ariel Florencio Slenk, quien se encontraba junto a otros dos empleados de la firma, que le entregara los valores que tenía, apoderándose de la suma de \$ 9.000 pertenecientes al comercio y luego, junto a la víctima, se dirigió al fondo del local, revisó el depósito y se apoderó de la suma de \$ 1.500 más y del teléfono celular marca Nokia, abonado 15-6475-6939, perteneciente a la firma Personal”*.

En la tarea de recrear el cuadro histórico reseñado, el *a quo* se valió, fundamentalmente, del testimonio incriminador prestado en la audiencia de debate por el damnificado Ariel Florencio Slenk, el que, explicó, fue coherente y conteste con el resto de la prueba incorporada al juicio.

II. El recurrente en su escrito, y luego en su presentación ante esta Cámara, delimitó el objeto de tratamiento de su impugnación en cuatro tópicos, en función de los cuales solicitó que: a) se case la sentencia y se absuelva al imputado en razón de la nulidad –de carácter

absoluta— evidenciada por la violación al derecho de defensa en juicio; b) subsidiariamente, se arribe a la misma conclusión en función de que el *a quo*, guiado por la errónea valoración de la prueba, acreditó la autoría de Villarroel en el hecho investigado; c) se descarte la agravante contenida en el art. 166 inc., último párrafo, del Código Penal y d) se proceda a la extracción de testimonios para que se investigue, por un lado, la comisión del delito de falso testimonio respecto de Leonardo Gabriel Toto y Gabriel Sosa y, por otro, las condiciones de trabajo “en negro” en la que cumplían funciones laborales los empleados de la firma “Open 25”

II.a.1. Corresponde, pues, dar tratamiento al primero de los agravios traídos a consideración por la parte recurrente ante este tribunal de alzada, aquel mediante el cual planteó la afectación al derecho de defensa en juicio del imputado por no haber contado durante la instrucción, con una defensa técnica efectiva y eficaz.

En esa tarea, alegó arbitrariedad del Tribunal Oral al momento de resolver la cuestión en la sentencia, precisando que el grado de indefensión sufrido se vio reflejado por la ineficiente labor del anterior abogado de confianza, quien, a su entender: a) abandonó intempestivamente el caso a escasa horas de la audiencia de debate, b) no compareció a las declaraciones de testigos que, sin perjuicio de no haber sido objeto de prueba del hecho por el cual se lo condenó, no pudieron ser interrogados por la defensa y c) tampoco solicitó la nulidad de la rueda de reconocimiento, por no haberse respetado la letra del art. 271, CPPN.

Ese cuadro de situación, interpretó, provocó la nulidad de todo lo actuado, sanción que podría ser declarada en cualquier momento del proceso por verse afectadas garantías constitucionales.

II.a.2. En la pieza procesal impugnada, el *a quo* destacó las intervenciones del letrado particular en el expediente, dio cuenta del debido control que había ejercido sobre los actos procesales fundamentales, señaló la inexistencia de un abandono de su ministerio y,

finalmente, contempló que, en el caso, se cumple con los parámetros establecidos por el máximo tribunal para un correcto ejercicio de esa función. Con estas premisas rechazó el planteo de nulidad articulado por la defensa, en la medida en que no se verificó menoscabo alguno a las garantías del imputado.

II.a.3 Considero que el Tribunal Oral brindó un correcto tratamiento al planteo de nulidad promovido por el recurrente, en tanto y en cuanto a partir del derrotero procesal no es dable advertir, ni tampoco la parte logra dar cuenta, de qué modo, en concreto, se habría visto afectado el derecho de defensa del encausado, producto de la labor llevada a cabo por su anterior abogado.

En respuesta a los tres planteos que realizó la defensa oficial sobre el tópico, corresponde destacar que no existió un abandono de la asistencia técnica y muchos menos “*a escasas horas de la audiencia de debate*” (sic) como lo argumenta en su presentación pues tal y como surge del libelo foliado a fs. 666 fue el imputado –por propio derecho– quien revocó la designación de aquél. Con respecto a la falta de concurrencia a las declaraciones testimoniales llevadas a cabo en la sede de instrucción, a poco que se repare en que esas citaciones se vinculan con testimonios prestados en hechos distintos de aquellos por los que resultó condenado Villarroel, se desvanece cualquier tipo de agravio al respecto. Finalmente, en lo que importa a la falta de solicitud para que, oportunamente, se dejara sin efecto la rueda de reconocimiento en la que el denunciante identificó a Villarroel –toda vez que no se habrían respetado las formalidades del acto–, a partir de la lectura del renglón 17 del acta pertinente (v. fs. 148) puede apreciarse que, efectivamente, se llevó a cabo debidamente el interrogatorio que ordena el código de procedimientos en la materia (art. 271, CPPN).

En definitiva, los ataques al desarrollo profesional del letrado de confianza que intervino oportunamente en las actuaciones se enmarcan, entonces, en una crítica a la estrategia adoptada para ejercer su labor, ámbito, por cierto, apartado del conocimiento de los jueces,

salvo flagrante afectación a las garantías del debido proceso, extremo que no se encuentra presente en el caso.

Así, concluyo que el análisis efectuado por el *a quo* resulta acertado, no logrando la defensa demostrar el modo en que se ha visto afectado el principio de defensa en juicio de Fabián Darío Villarroel, ni violada garantía constitucional alguna que permita avanzar en la declaración de nulidad pretendida.

II.b.1. En segundo lugar, la defensa planteó que el único elemento de cargo –la declaración del damnificado– no alcanza, siquiera mínimamente, para afirmar, con la certeza necesaria propia de un pronunciamiento de condena, la comisión del delito endilgado a su ahijado procesal.

Para ello, explicó que no fue debidamente valorado el descargo de su defendido, negando su participación en el hecho, mientras que, en cambio, se asignó plena validez al relato plagado de contradicciones del único testigo, a su vez damnificado, Ariel Florencio Slenk. Concretamente, esos matices de relevancia entre lo declarado por el afectado en el debate y lo narrado durante la instrucción fueron: el hecho de destacar, recién al momento del juicio, que el imputado llevaba puestos lentes de sol espejados y que lo había vuelto a ver antes de la rueda de reconocimiento, ya que tenía a su alcance las fotografías obtenidas de las cámaras de seguridad del local.

Agregó, que tampoco el *a quo* tuvo en consideración que el ilícito se cometió aproximadamente a las 16:00, el mismo horario en el que Villarroel se encontraría finalizando sus funciones laborales a más de treinta cuadras de allí, por lo que resultó materialmente imposible que aquél haya perpetrado el hecho.

Toda esa orfandad probatoria –alegó la defensa– culmina demostrando la absoluta ajenidad de su asistido en relación con la imputación que se le formula. Por todo lo expuesto, y teniendo en cuenta lo previsto por el art. 3, CPPN, solicitó se lo absolviera del hecho por el cual fue condenado.

II.b.2 Corresponde, pues, pasar a examinar si el *a quo* cumplió con las normas que rigen la valoración probatoria del hecho que ese órgano colegiado consideró acreditado como base de la sustentación de la condena aplicada a Fabián Darío Villarroel y, consecuentemente, dar respuesta a los agravios del recurrente.

Al contrario de lo sostenido por la parte, estimo que el Tribunal Oral valoró la prueba recibida en el debate bajo estricto apego a la regla de la sana crítica y los principios que la regulan, alcanzando el grado de convicción necesario para tener por acreditado que fue el nombrado la persona que protagonizó el robo al comercio “Open 25”, sito en Avenida Callao 186 de esta ciudad, el 15 de abril de 2009 a las 16.00 aproximadamente.

Ante todo, vale reparar en que el hecho por el cual resultó condenado Villarroel se fundó, en lo sustancial, en el único relato efectuado por la víctima, circunstancia que no constituye obstáculo a la hora de emitir el pronunciamiento confirmatorio tal y como lo sostuve en los precedentes Núñez¹ y Vargas Leis². Allí recalqué que en nuestro sistema de valoración de pruebas, no rige la regla del procedimiento del *testis unus, testis nullus*, dado que la convicción no se funda en elementos de convicción tasados, con un valor previamente establecido legalmente, sino por la sana crítica. En virtud de ella, no existen presunciones de parcialidad para prestar testimonio –como las que preveía el viejo art. 276 del Código de Procedimientos en Materia Penal– y, paralelamente, es obligación del juez ponderar el valor de cada exposición juramentada conforme a las reglas de la psicología, la experiencia y la lógica. En otras palabras, los testimonios no se cuentan, en este sistema, sino que se valoran.

Con estos conceptos en mente, entiendo que los magistrados del tribunal oral dimensionaron y contextualizaron correctamente los dichos de Ariel Florencio Slenk en tanto, a partir del aludido testimonio –detallista al momento de recordar los hechos y

¹ NÚÑEZ, Brian Oscar (rta. 11.9.15, reg. 451/2015)

² VARGAS LEIS, William José (rta. 25.11.15, reg. 687/2015)

terminantemente enfático al reconocer a Villarroel en rueda de personas— y el restante material probatorio incorporado a la causa, lograron brindar una explicación razonable para asignar, al aludido relato, un alto valor probatorio.

Así, es absolutamente sensato sostener, tal como lo hizo el *a quo*, que la versión del afectado, sindicando como autor del delito al encartado, si bien no cuenta con otras que la abonen —por la falta de concurrencia de otros testigos a la audiencia de debate—, fue detallada, coincidente con sus anteriores exposiciones —lo que evitó acudir a la lectura de aquéllas—, coherente y conteste con el resto de la prueba obrante en autos, extremos que, sumados a la falta de datos que indiquen algún tipo de interés en el resultado del proceso o enemistad entre víctima y victimario, descartan cualquier hipótesis ensayada por la defensa para desvincular a su asistido del evento criminoso.

Por lo demás, la circunstancia de que Slenk, en el marco del debate, agregara un dato respecto de los accesorios que llevaba puesto el asaltante —anteojos de sol— sin alterar el resto de las características físicas que lo llevaron a identificarlo con posterioridad en rueda de personas —acto en el que fue individualizado en el marco de un universo compuesto por sujetos de similares características físicas y de vestimenta (cfr. fs. 148)—, en modo alguno desvirtúa la relevancia de su testimonio en la reconstrucción de los hechos.

Luego, tampoco ha de tener favorable acogida la afirmación sostenida por el recurrente respecto de que había vuelto a ver al acusado antes del mencionado acto de reconocimiento, toda vez que, a preguntas de la defensa en el marco del juicio, el damnificado se ocupó de aclarar dicho extremo al referir que *“la imagen del individuo fotografiado estaba borrosa y que no se distinguía el rostro de aquél...la foto la pegó el supervisor de la noche, cuyo nombre no recuerda; y que la vio mucho tiempo después de haber reconocido en rueda de personas al sujeto que robó el local de la avenida Callao 186”* (fs. 708/vta). A ello, cabe añadir que las razones aportadas por la defensa para dudar de tales explicaciones, refiriendo que el resto de los

compañeros de trabajo sí habían tenido contacto con las fotografías antes de ser llamados a participar de las distintas ruedas de reconocimiento realizadas a lo largo del expediente, no aportan razones suficientes para entrar en el terreno de la duda, siendo perfectamente posible que así ocurriera.

Por otra parte, vale aclarar que no incide en la resolución del caso la falta de tratamiento del *a quo* a la hipótesis que intentaba demostrar la imposibilidad de Villarroel para estar en el lugar del hecho, con motivo de su actividad laboral. En efecto, si bien del informe de fs. 288 surge que la franja horaria en la que habría cumplido funciones, el 15 de abril de 2009, fue de 10.00 a 16.00, también allí se hace referencia a que “*el citado Suboficial en reiteradas oportunidades (por) problemas personales en la crianza de sus hijos menores de edad, económicos y de transporte (...) arribaba a su lugar de PARADA con retrasos de horario, como a su vez también aludiendo los mismos inconvenientes se retiraba con anterioridad de la PARADA antes de finalizar su servicio*”. Es decir, el informe del que se vale la defensa para sostener el agravio, por su inconsistencia asertiva, no resulta una evidencia de cargo relevante. Recuérdese, que los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquéllos que estimen pertinentes para la resolución del caso (Fallos: 300:522, 1163; 301:602; 302:1191).

A mi modo de ver, entonces, y como adelanté, las críticas que ha realizado la defensa técnica —en su primer apartado— a la sentencia cuestionada, no pueden ser aceptadas en esta instancia, habida cuenta que se basan en una consideración aislada de la prueba reunida.

La Corte Suprema tiene dicho que la arbitrariedad de la sentencia se configura, entre otros casos, cuando se han considerado las pruebas, los indicios y presunciones en forma fragmentaria y aislada, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio; y en especial, cuando se ha prescindido de una visión de conjunto y de la necesaria correlación de los elementos probatorios entre sí, y de ellos

con otros elementos indiciarios (Fallos C.S.J.N.: 308:641). Tal cuadro de situación dista de configurarse en este caso, por las razones expuestas.

Por todo lo hasta aquí señalado, cabe concluir que la reconstrucción histórica del suceso que los magistrados de juicio han desarrollado en la sentencia impugnada, se ajusta –en lo esencial, valga aclararlo desde ya– a los parámetros normativos que la rigen, sin que las alegaciones ensayadas en su contra conmuevan su consistencia como pieza jurídica, con la salvedad que se expondrá a continuación en lo que importa con su encuadre normativo.

II.c.1 Corresponde abocarme al examen del tercer cuestionamiento formulado por la defensa en el recurso de casación interpuesto, mediante el cual solicitó que se descarte la aplicación de la agravante receptada en el art. 166, último párrafo, del Código Penal, en función de que sólo se cuenta con los dichos del testigo Slenk para su aplicación.

En esa tarea, el recurrente negó que el robo se hubiese cometido efectivamente con un arma de fuego, toda vez que la existencia de aquel elemento sólo se constató en base a un único relato y que, además, el armamento secuestrado tiempo después, resultó ser otro del supuestamente utilizado en el atraco.

Por tales motivos, concluyó, debe condenarse a su defendido al mínimo de pena por el delito de robo simple.

II.c.2. En diversas intervenciones, como juez ante el Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, tuve la oportunidad de expedirme sobre el tópico cuestionado³.

1. En esas ocasiones, por cierto, hube de pronunciarme en disidencia respecto de la imposibilidad jurídica de considerar incluidos en el tortuoso enunciado del artículo 166 reformado por Ley 25882 diversos hechos que la realidad social nos acercaba para su debido conocimiento y decisión. En este caso, la visión crítica se dirigirá a uno de los párrafos que integran ese engendro normativo; y una vez más,

³ V. gr. en causa n° 4148 “Berghella, Amer Antonio” (rta. 5.11.2014)

entendiendo que es útil recordar la génesis de esa infausta modificación legislativa.

La movilización social sucedida en los primeros años de este siglo en la Argentina se construyó a base de pulsiones, es decir de energías psíquicas profundas y emocionales, difundidas por la mimesis que contemporáneamente facilita el aluvión mediático, gestadas en episodios puntuales pero manipuladas y aprovechadas por los sectores más reaccionarios de nuestra sociedad. Y aunque no es éste el lugar para explayarse sobre el tópico desde puntos de vista diferentes del jurídico, es del caso señalar que dichas pulsiones, ávidas –por propia esencia– de una catarsis que las redimiera, arrojaron como saldo, al ser reinterpretadas por una clase política afectada por la declinación de su representatividad, más de una docena de reformas legislativas sucedidas vertiginosamente, carentes de la sana reflexión que hace de la racionalidad de los actos de gobierno uno de los axiomas más caros de una república que se precie de tal.

Incumbe a los jueces, integrantes del poder contrafáctico por excelencia y encargados de ejercer permanentemente el control de constitucionalidad de las leyes, redoblar la atención ante cuadros como el descrito, a fin de evitar que el poder punitivo del Estado materialice avances inaceptables sobre los derechos y garantías de los individuos, echando mano en cuanto fuere preciso del consolidado catálogo de los principios erigidos para delimitarlo convenientemente.

Uno de tales principios –y, cabría añadir, uno de los tres más importantes– es el de legalidad. Sin una ley previa, escrita, estricta y cierta que describa con total exhaustividad la conducta que se desea prohibir no existe la posibilidad de penar a nadie en un Estado de Derecho regido por una Constitución como la argentina de 1853, reformada en 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. A él corresponde hacer referencia central en este caso, sin perjuicio de que otros de similar envergadura, como el de lesividad, también concurran en el análisis de los tipos legales de que se trata.

El Congreso Nacional, actuando en las condiciones antes aludidas, se inclinó, mediante la Ley 25882 –una de las tantas leyes referidas– por sustituir el criterio objetivo, que regía jurisprudencialmente, en materia de violencia contra las personas propia del delito de robo, por el subjetivo, según el cual debe atenderse a la impresión personal de la víctima de considerarse amenazada en su integridad física por el empleo de un elemento vulnerante en el momento del desapoderamiento, en lugar de reparar en el riesgo verdaderamente corrido por ese bien jurídico.

No será necesario, empero, en esta ocasión, cuestionar primariamente la disposición contenida en el artículo 166, inciso segundo, párrafo tercero, primera hipótesis, del Código Penal desde la óptica del principio de lesividad u ofensividad, porque bastará con atenerse al de legalidad.

Por mucho esfuerzo que los legisladores –y sus coyunturales propulsores– hayan desplegado en su raid de criminalización primaria, la plasmación de sus intenciones no siempre ha coincidido con sus designios; y, dado que apelar a la “voluntad del legislador” para ensanchar las redes del control social formal no es propio de un Estado constitucional de Derecho sino de regímenes autoritarios de cualquier signo, el único material disponible y en condiciones de ser estudiado y –eventualmente– aplicado es el consistente en el texto de cada disposición legal.

En ese orden de ideas, forzoso es concluir que la figura agravada contenida en el precepto individualizado precedentemente colide sin solución a la vista con el mandato de determinación del hecho punible, mandato de certeza o *lex certa*, derivado del principio de legalidad y vinculado con el principio de responsabilidad por el hecho. Sabido es que, a tenor de tal mandato, el legislador debe confeccionar los preceptos penales describiendo con claridad y precisión la conducta que releva para prohibirla, en el caso de la tipicidad activa, o para ordenarla –

prohibiendo cualesquiera otras diferentes a ella— en el caso de la tipicidad omisiva.

Luego, al penar con una escala agravada el robo cometido *“con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada”* (la cursiva me pertenece), como enfáticamente se pronuncia en tal disposición de fondo, no sólo abandona la claridad y precisión conceptual requeridas, sino que carga en los hombros del sujeto activo del robo una imposibilidad probatoria que, en homenaje al carácter excepcional de la legislación punitiva, debería servir exclusiva y excluyentemente para retrotraer el encuadre de la conducta analizada a la figura básica. El legislador puede penar acciones u omisiones, no vengarse de antemano de la impotencia procedimental de los aplicadores de la ley, endureciendo su reacción frente al individuo imputado.

Si no es posible acreditar un extremo cualquiera del supuesto fáctico previsto, descrito y asociado a una pena, la situación sobre ese particular es de duda acerca de su real concurrencia. No es posible compaginar una situación de imposibilidad absoluta de comprobación de la aptitud para el disparo de un determinado objeto con la afirmación apodíctica de que ese objeto era, en rigor, un arma y —por añadidura— un arma de fuego. La duda, en cualquier caso, favorece al reo, salvo que se haya decidido soslayar el principio de inocencia que deriva de la letra del artículo 18 de la Constitución Nacional.

Al respecto, apena advertir la ligereza con que en su hora se trató el tópico en el Senado de la Nación, al pontificarse que la modificación legal propiciada “cubre un vacío legal vinculado con el uso de las armas de fuego de idoneidad no acreditada, incorporando al respecto un tercer párrafo a la norma citada, que sigue la moderna interpretación de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que establece que el uso de un arma de fuego idónea se puede probar no solamente con la realidad fáctica del arma en sí, sino también por elementos de juicio, indicios y derivaciones lógicas de pura sana crítica”. Que en un caso dado se haya podido probar la idoneidad para el disparo

de un arma de fuego no secuestrada no autoriza a avanzar agravando genéricamente la escala penal en los casos en que, precisamente, no se haya logrado “de ningún modo” tal acreditación. Cuestión de lógica, claro.

Es del caso recordar, en paralelo, que la ley penal, además de previa, escrita y cierta, debe ser estricta, con el fin de eliminar el arbitrio judicial, exigencia que veda toda interpretación analógica de su texto. Y huelga redundar en que es un error trágico integrar la ley con alusión a las reales intenciones del legislador, pues posibilita la expansión arbitraria de la potencia punitiva estatal en desmedro de la exigencia rectora de la legalidad y de sus cuatro cualidades.

Como fue anticipado, el óbice señalado exime de adentrarse en el terreno del principio de ofensividad o lesividad, en el que si –por mera hipótesis– cupiera ingresar, nos hallaríamos con un plus de pena basado en una mera probabilidad de mayor riesgo para un bien jurídico, alternativa que desconoce groseramente el juego armónico de los principios de legalidad y reserva contenidos en los artículos 18 y 19 de nuestra Ley Fundamental.

No acaban allí las objeciones, aunque las que anteceden sean las de mayor peso. El insólito recurso de agravar la respuesta punitiva a raíz de una declarada incapacidad adquisitivo–probatoria trastorna inesperadamente el ponderado equilibrio político y jurídico representado por las autonomías provinciales, en una Nación que adopta para su gobierno la forma representativa republicana y federal (CN, art. 1º) y que, en consecuencia, reconoce a las Provincias su potestad para organizarse institucionalmente, asegurando su propia administración de justicia (ídem, art. 5) y conservando todo el poder no delegado al Gobierno Nacional (art. 121 íbidem). Al avanzar sobre temas de prueba desde la letra de un cuerpo de leyes sustantivo aparecería forzando a una hipotética uniformidad de criterios, a riesgo de propiciar, en caso contrario, distintas soluciones para casos análogos acontecidos en una u otra jurisdicción provincial.

2. Por lo demás, y más allá de que la defensa no solicitó formalmente la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal en cuestión, desde el lejano precedente “WASZYLSZYN, Miguel Angel”⁴ –del Tribunal Oral en lo Criminal n° 20– vengo sosteniendo que es facultad jurisdiccional ejercer el control difuso de constitucionalidad de las leyes, cualidad común, por cierto, de nuestro ordenamiento y del derecho constitucional federal estadounidense. Todos los jueces podemos –y, en su caso, debemos– ejercerlo, sin perjuicio de que el caso llegue a conocimiento de la Corte Suprema como tribunal último, por la vía del recurso extraordinario legislado en el art. 14 de la Ley 48, tal como nos enseñara el profesor Germán Bidart Campos en su clásico “Manual de Derecho Constitucional Argentino” (Ediar, B.A., 1972, p. 63).

Esa máxima instancia judicial ha puesto de relieve, en consonancia con tal carácter difuso del control, que el deber de los tribunales inferiores frente a la jurisprudencia por ella generada no importa un acatamiento puro y simple, sino el reconocimiento a la autoridad de su investidura y de la necesidad de controvertir sus argumentos cuando la decisión del “a quo” se aparte de aquélla (Fallos 212:51 y 312:2007).

Sabido es –por otra parte– que el efecto del control se limita al caso resuelto, descartando la aplicación de la norma declarada inconstitucional a las partes que en él intervienen, pero dejando subsistente su vigencia fuera de aquél. Ello, sin perjuicio de la ejemplaridad que pudieren cobrar las sentencias y de su consiguiente proyección como precedentes en la jurisprudencia.

Es indudable la gravedad institucional de un pronunciamiento judicial declarativo de la inconstitucionalidad de una ley, a la luz del caro axioma republicano de la división de las funciones del Estado. La doctrina del Alto Tribunal se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de considerarlo la “ultima ratio” del orden

⁴ V.gr. en la causa n° 454, resuelta el 29 de setiembre de 1997.

jurídico. De manera que sólo cabe acudir a él con la convicción de que más grave daño depararía a la República la aplicación, en el caso sometido a juzgamiento, de una disposición legal que se reputa seriamente repugnante a la Constitución Nacional.

No se trata, pues, de arrogarse el control “de las facultades de política criminal que el Parlamento nacional ejercite de acuerdo a los procedimientos establecidos para la sanción de las leyes”, sino de asumir, con prudencia pero con firmeza, el deber de “constatar si se mantiene o no la supremacía constitucional en los casos sometidos a jurisdicción”, en caso de aplicar la ley vigente alusiva a los mismos (S.T. Entre Ríos, Sala en lo Penal y del Trabajo, 11-7-89, “Rodríguez, M.A. y otros”, voto del Dr. Chiara Díaz; en el mismo sentido, T.S. Neuquén, 17-3-95, “Valenzuela, Roberto c/ Compañía Naviera Pérez Companc”).

Una última observación: nuestro derecho constitucional federal reconoce un marco para el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes: la existencia de una causa judicial. El control se ejerce sólo en el ámbito de un proceso judicial y se expresa mediante la modalidad normal de pronunciamiento jurisdiccional, que es la sentencia. No nos está dado actuar de oficio, si por ello se entiende ejercer el control sin causa judicial o al margen de la misma, sea en consulta, dictamen o declaración teórica o general o abstracta. Mas no opera oficiosamente el juez o tribunal que se expida sin que el titular del derecho agraviado haya solicitado la declaración de inconstitucionalidad. Aún cuando tal cuestión no haya sido propuesta por el titular actual de un derecho al que la aplicación de la ley vigente afectaría, al juez incumbe la debida aplicación del derecho, y en tal menester se mueve a tenor del adagio “iura novit curia”: el juez suple el derecho que las partes no le invocan o que le invocan erróneamente. En suma, el juez depende de las partes en lo que tiene que fallar, pero no en cómo debe fallar. Por eso, el control de constitucionalidad de normas y actos implicados en el derecho aplicable, debe ser efectuado por el juez en la misma causa, sin necesidad de petitorio de parte interesada.

Se ha dicho, en tal sentido, que “el control de constitucionalidad hace parte esencial e ineludible de la función judicial de interpretación y aplicación del derecho vigente para cada proceso y, por eso, debe efectuarse por el juez aunque no se lo pida la parte, porque configura un aspecto del *“iura novit curia”*, que significa: “el juez suple el derecho que la partes no le invocan o que le invocan mal...En consecuencia, configurada la causa judicial, la declaración de inconstitucionalidad es procedente sin petición expresa, cuando en el derecho aplicable el juez descubre la inconstitucionalidad” (BIDART CAMPOS, Germán: “Compendio de Derecho Constitucional”, Ediar, Bs. As., 2016, p. 404. Con cursivas en el original).

En conclusión, por violar groseramente los principios de legalidad y reserva, constitucionalmente consagrados (CN, arts. 18 y 19), desconocer el principio de culpabilidad por el hecho, patentizado en este último, y trastocar el orden institucional vigente (*idem*, arts. 1, 5, 121 y concordantes), corresponde declarar inconstitucional el precepto legal contenido en el art. 166, inciso segundo, párrafo tercero, primera hipótesis, del Código Penal, y así lo dejo asentado.

Visto el cambio de calificación al delito de robo simple (art. 164, CP) y su consecuente impacto en la dosimetría de la pena considero pertinente, ante cualquier sospecha de parcialidad en el órgano juzgador, reenviar las presentes actuaciones a un nuevo Tribunal Oral en lo Criminal el cual deberá, tras la pertinente audiencia única, a la que deberán concurrir las partes, fijar el monto punitivo de la sanción recaída a Darío Fabián Villarroel, bajo las pautas mensurativas receptadas en los arts. 40 y 41 del Código Penal de la Nación.

II.d.1. Por último, el recurrente se agravió de que el Tribunal Oral no hizo lugar a la extracción de testimonios para que se investigue, por un lado, la comisión del delito de falso testimonio respecto de Leonardo Gabriel Toto y Gabriel Sosa y, por otro, las condiciones de trabajo “en negro” en la que estaban los empleados de la firma “Open 25”.

Al respecto, indicó que la declaración del agente Sosa perjudicó a su defendido y que, paralelamente, Leonardo Gabriel Toto, no obstante no comparecer a la audiencia de debate, ocultó numerosos elementos a la investigación, como por ejemplo el seguimiento interno del hecho y el posible conocimiento del imputado.

Sumado a ello, señaló que la cantidad de sucursales con la que cuenta la firma resulta ser un parámetro demostrativo del importante número de personas que se encontrarían trabajando sin que se les efectúen los aportes patronales respectivos.

II.d.2 La petición fue rechazada por el *a quo* bajo el entendimiento que las alegaciones de la defensa no eran suficientes para adoptar el temperamento pretendido. Ello, en función de que, por un lado, la discordancia entre los dichos de los testigos no resultó de tal entidad y que, por otro, no se encontraban dados los fundamentos para que se investigue el posible incumplimiento, por parte de la empresa “Open 25”, de las leyes laborales vigentes.

II.d.3. El agravio de la defensa debe ser declarado inadmisibles, pues es claro, a mi modo de ver, que la defensa sólo ha manifestado su desacuerdo con el criterio adoptado por el Tribunal sin aportar nuevos elementos que permitan una doble revisión sobre el asunto puesto en crisis, siendo necesario para su tratamiento una argumentación concreta y razonada sobre el agravio que se alega como irreparable. La cuestión decidida, vale resaltar, no causa agravio alguno al recurrente, en tanto cuenta con facultad de formular las denuncias que estime pertinente ante la autoridad que en el caso corresponda.

III. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo: **I. DECLARAR PARCIALMENTE INADMISIBLE** el recurso de casación presentado por la defensa (fs. 778/797), únicamente en lo que respecta a los puntos dispositivos IV y V de la sentencia recurrida; **II. HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación y **CASAR** la sentencia de fs. 739/775, únicamente en lo que a su adecuación típica refiere, sin costas. (artículos 470 y 471, ambos a

contrario sensu, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación) **III. DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del artículo 166, inciso 2º, último párrafo del Código Penal (art. 18 de la Constitución Nacional). **VI.** Calificar el hecho n° 3, atribuido a Darío Fabián Villarroel como robo simple, en calidad de autor (arts. 55 y 164 del Código Penal). **V.** Reenviar las presentes actuaciones a un nuevo Tribunal Oral en lo Criminal el cual deberá, tras la pertinente audiencia única, a la que deberán concurrir las partes, fijar el monto punitivo de la sanción recaída a Darío Fabián Villarroel, bajo las pautas mensurativas receptadas en los arts. 40 y 41 del Código Penal de la Nación.

El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:

Adherimos en lo sustancial al voto del colega Luis Niño, con las precisiones que a continuación se desarrollarán.

1. La defensa pública ha planteado cuatro agravios: a) la nulidad del proceso porque durante la instrucción se violó el derecho de defensa en juicio de Villarroel; b) en subsidio, la errónea valoración de la prueba que condujo a la condena; c) en caso de rechazarse el planteo anterior, la modificación de la calificación legal escogida; y d) la extracción de copias para que se investiguen la presunta comisión de los delitos de falso testimonio por parte de los testigos Toto y Sosa, y las condiciones de trabajo de los empleados de la firma "Open 25".

2. En cuanto al primer agravio, relacionado con el grado de indefensión que habría sufrido Villarroel en la etapa de instrucción, el recurrente no demuestra de qué modo se afectó el derecho de defensa del imputado. En este aspecto, resulta esencial que no hubo abandono de su asistencia técnica, sino que el mismo Villarroel revocó la designación del abogado Mosquera Villar (escrito de fs. 666) porque no compartía "...la estrategia de la defensa..." diseñada por éste (acta de fs. 667); además, la ausencia del letrado defensor en las audiencias celebradas en la etapa preparatoria se relacionan con declaraciones prestadas con respecto a otros hechos por los que, en definitiva, Villarroel fue absuelto, con lo cual, no existe agravio alguno al respecto. Por último, y en cuanto a la

falta de planteo por parte del anterior defensor de la nulidad de la rueda de reconocimiento (obrante en el acta de fs. 148), se trata de una cuestión de estrategia de la defensa, que en principio resulta irrevisable para el tribunal, si se tiene en cuenta además que el entonces defensor participó de su realización. Del mismo modo y de acuerdo con la manera en que se planteó el recurso, el actual defensor impugna también la valoración de esa prueba (cfr. el punto II.b.1 del voto del juez Niño), con lo cual la diligencia cuestionada será objeto de revisión en esta instancia.

Así, no se advierte ni la parte recurrente logró demostrar de qué modo se afectó el derecho de defensa en juicio de Darío Fabián Villarroel durante la investigación preliminar.

3. Con respecto a la valoración de la prueba, tal como lo analizó el juez Niño (punto II.b.2 de su voto), el tribunal *a quo* ponderó correctamente el testimonio de Ariel Florencio Slenk, quien en forma detallada y precisa recordó el hecho investigado. En cuanto a la imposibilidad material de que Villarroel haya sido el autor del suceso porque se encontraba trabajando, la afirmación de la defensa parte de una interpretación parcial y sesgada de los informes respectivos.

En cuanto a las críticas dirigidas al reconocimiento efectuado por aquel testigo en rueda de personas (acta de fs. 148), los planteos efectuados constituyen meras generalidades, sin apoyo en el caso concreto. Si bien la defensa enuncia estudios y conclusiones de la psicología del testimonio, no conecta sus postulados con el presente asunto. En este aspecto, la “ceguera de atención”, las causas generadoras de error en los reconocimientos y las presiones señaladas por la defensa no se aprecian ni se demuestra que hayan efectivamente ocurrido en el reconocimiento realizado. El testigo fue claro en que vio una foto borrosa del presunto autor de los hechos mucho tiempo después de haber efectuado tal diligencia (fs. 708 vta. acta de debate), lo cual desbarata los argumentos expuestos en el recurso sobre este aspecto de la sentencia.

Por lo tanto, no se advierte en el caso ni la parte recurrente logra evidenciar la existencia de alguna clase de error en la valoración y el razonamiento empleado por el tribunal *a quo* para considerar probado el suceso juzgado; ni tampoco que haya incurrido en alguna forma de arbitrariedad.

4. En relación con la aplicación de la art. 166 inc. 2º, CP, el presupuesto de esa regla es que se haya probado qué clase de objeto utilizó el imputado.

En el caso particular, el voto de la jueza que lideró el acuerdo afirmó que se trataba de un robo donde la violencia sobre las personas fue ejecutada “...*mediante la exhibición del arma de fuego – vis compulsiva – cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada, ya que si bien ha sido secuestrada su arma reglamentaria, mal se puede afirmar que se trate de la misma...*” (cfr. fs. 772). Ahora bien, la sentencia no explica las razones por las cuales el elemento que portaba Villarroel era un arma de fuego habida cuenta que no coincidía con su arma reglamentaria, la única secuestrada en la causa. Asimismo, nada se argumentó para explicar por qué se arribaba a tal conclusión, es decir, las razones que permitían afirmar que se trataba de un arma de fuego y qué características presentaba la misma. En este sentido, la lectura de la sentencia revela que Slenk dijo únicamente que el autor del hecho esgrimió “...*un revólver plateado...*”, aspecto ni siquiera mencionado en la sentencia. Frente a los planteos de la defensa (que entre otras cuestiones, mencionó la no citación a los otros testigos del suceso, ver fs. 794 vta. del recurso), y la orfandad de argumentación de la decisión recurrida en este punto, puede afirmarse que existe una duda razonable acerca de qué era lo que efectivamente utilizó Villarroel en el hecho ocurrido el 15 de abril de 2009. Así y según se señaló en los precedentes “**Taborda**”,⁵ “**Marchetti**”⁶ y “**Castañeda Chávez**”,⁷ (entre muchos otros) duda razonable significa duda razonada, o mejor, duda justificada

⁵ Sentencia del 2.09.15, registro n° 400/15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.

⁶ Sentencia del 2.09.15, registro n° 396/15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.

⁷ Sentencia del 18.11.15, registro n° 670/15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.

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 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. En el caso, la falta de argumentos para sostener el presupuesto fáctico de la calificación jurídica elegida, conduce a dejarla sin efecto y modificarla por la de robo simple (art. 164, CP).

Lo dicho y el planteo efectuado por la propia defensa, tornan innecesario en el caso analizar la constitucionalidad del art. 166, inc. 2º, último párrafo, CP, pese a que se coincide con el colega preopinante a cuanto al cambio de calificación que corresponde al caso.

Asimismo, corresponde remitir las actuaciones a nuevo tribunal para que establezca la pena aplicable, según las pautas de los arts. 40 y 41, CP.

5. Por último, el último agravio introducido por la defensa debe ser declarado inadmisibile, pues la cuestión referida a las denuncias contra los testigos Toto y Sosa, y las condiciones de trabajo de los empleados de la firma “Open 25” pueden ser formuladas por la misma parte ante la autoridad que estime pertinente.

De esta manera, corresponde declarar parcialmente inadmisibile el recurso de casación de fs. 778/797 interpuesto contra los puntos IV y V de la sentencia; hacer lugar parcialmente a la impugnación y casar la sentencia de fs. 739/775 en cuanto a la calificación jurídica del hecho n° 3, modificarla por la de robo simple y reenviar las actuaciones para que un nuevo tribunal –previa audiencia– fije la pena correspondiente. Sin costas (arts. 463, 470, 530 y 531, CPPN; arts. 40, 41, 45, 164, CP).

El juez Daniel Morin dijo:

Respecto de lo agravios vinculados al planteo de nulidad, la valoración de la prueba y la extracción de testimonios, adhiero a los

fundamentos concurrentes de los colegas que me han precedido en la votación.

En lo que refiere a la calificación que corresponde aplicar al hecho bajo examen, adhiero al voto del juez Sarrabayrouse, y por ende, a la solución que propone.

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

RESUELVE:

I. DECLARAR PARCIALMENTE INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial a fs. 778/797, en lo que respecta a los puntos dispositivos IV y V de la sentencia recurrida (artículos 444, 2º párrafo, 456 a *contrario sensu*, 463 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial a fs. 778/797 y **CASAR** la sentencia de fs. 739/776 en razón de la errónea interpretación de la ley aplicable por cuanto consideró a Darío Fabián Villarroel autor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada. En consecuencia, **ESTABLECER** que el hecho que se reprocha al nombrado queda calificado como constitutivo del delito de robo simple (art. 164 del Código Penal).

III. RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial en todos los restantes motivos de agravio.

IV. DISPONER el reenvío de las presentes actuaciones a un nuevo tribunal a fin de que, previa audiencia contradictoria, **DETERMINE** la pena que corresponde imponer al nombrado precedentemente. Sin costas (arts. 456 inc. 1º, 465, 468, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; LEX 100) y remítase a la Cámara Federal de

Casación Penal para que realice el sorteo de estilo, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Luis Fernando Niño
(según su voto)

Eugenio Sarrabayrouse

Daniel Morin

Ante mí:

Paula Gorsd
-Secretaria de Cámara-