

Reg. n° 876/2016

En la ciudad de Buenos Aires, a los 3 días del mes de noviembre del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Daniel Morin, Luis F. Niño y Eugenio C. Sarrabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 230/238 por la defensa oficial; en la presente **causa n° 38327/2014/TO1/CNC2**, caratulada **“PIZZUTTO, Lucas Damián s/ recurso de casación”**, de la que **RESULTA:**

I).- El Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 de esta ciudad, con fecha 6 de julio de 2015, resolvió, en lo que aquí interesa: **“I.- CONDENAR** al imputado **LUCAS DAMIAN PIZZUTTO** (...) a la pena de **CINCO AÑOS Y SEIS MESES** de prisión, accesorias legales y el pago de las costas, por considerarlo coautor del delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 12, 29, inc. 3°, 45, 166, inciso 2°, primer párrafo, del Código Penal; 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal)...”.

II).- Contra dicha decisión, el defensor Fernando Rubén Bogarin interpuso recurso de casación (cfr. fs. 230/238), el que fue concedido por el *a quo* (cfr. fs. 239/240) y mantenida la voluntad recursiva por el letrado (cfr. fs. 246).

III).- El 17 de septiembre del 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. 248).

IV).- El 12 de julio de 2016 se celebró la audiencia prevista por el art. 468 en función del 465, CPPN, a la que compareció el letrado defensor, quien reiteró los agravios expuestos en el recurso de casación, de todo lo cual se dejó constancia a fs. 253.

Y CONSIDERANDO:

El juez Morin dijo:

1.- Al momento de resolver, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 tuvo por probado que "...el 24 de junio de 2014, aproximadamente a las 23:30 horas, sobre la calle San José en su intersección con la Avenida Brasil, de esta ciudad, el nombrado Pizzutto junto con otro sujeto y una mujer no identificados, se apoderaron ilegítimamente de un teléfono celular marca Nokia, modelo X2, abonado 15-68592466, de la empresa Personal, perteneciente a Rosanna Stephany Almada de la Cruz."

"Al respecto, el encartado y la persona de sexo masculino no identificada abordaron a la damnificada por detrás, la tomaron cada uno de un brazo mientras la mujer extrajo de entre sus ropas un cuchillo y le refirió 'dame el celular o te corto la cara', haciéndole entrega la damnificada del celular descrito para luego darse a los tres a la fuga por la calle Brasil en dirección a Santiago del Estero, del ámbito capitalino."

"Así las cosas, la damnificada solicitó ayuda al Cabo Diego Aguilera quien la invitó a subir al móvil policial n° 316 y mientras se trasladaban por la calle Santiago del Estero y su intersección con Brasil, Almada de la Cruz reconoció al incuso con [como] uno de los masculinos que se apoderó ilegítimamente de su teléfono celular, por lo que el personal policial procedió a su detención en el lugar, no lográndose el secuestro del mismo..."

2.- El recurrente en su escrito, y luego en su presentación ante esta Cámara, delimitó el objeto de tratamiento de su impugnación en tres cuestiones, en función de los cuales solicitó que: a) se case la sentencia y se absuelva al imputado, toda vez que el *a quo*, guiado por la errónea valoración de la prueba, acreditó la autoría de Pizzutto en el hecho investigado; b) se descarte la agravante contenida en el art. 166 – inc. 2º–, CP y se califique el hecho en el delito de robo simple; o subsidiariamente, en la figura de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda; y c) se modifique la pena impuesta a su asistido y se fije el mínimo de la escala penal.

Corresponde, pues, dar tratamiento a los siguientes motivos de agravios traídos a consideración por la parte ante este tribunal de alzada.

2.A.1.- Errónea valoración probatoria en relación con la acreditación de la participación de Lucas Damián Pizzutto en el hecho delictivo

La defensa refirió que la sentencia en crisis no era una derivación razonada de las probanzas ventiladas en el debate. Señaló, en este sentido, que el tribunal había tenido por cierta la participación de Pizzutto en el ilícito, sin tener en cuenta las siguientes consideraciones:

i).- Indicó que a su asistido no se le había secuestrado ni el celular que se le sustrajo a la víctima ni el cuchillo que, según los dichos de la víctima, se utilizó para perpetrar el robo, a la vez que tampoco hubo testigos presenciales del hecho, ni grabaciones de las cámaras de seguridad de la zona que acrediten la comisión del delito.

Refirió, en esta línea, que el tribunal había constatado la participación del nombrado en el hecho en base a la declaración de la víctima –Almada de la Cruz–, la cual, de acuerdo al criterio del *a quo*, “reunía los cánones máximos de credibilidad, por haber sido espontáneos, sinceros, (...) coherentes [y] desprovistos de animosidad”.

Pese a ello, la parte señaló que sus dichos no resultaban verosímiles, en función de que:

a).- existían contradicciones entre el relato de la damnificada y el del Sargento Aguilera, en relación con las circunstancias que rodearon al momento en que la víctima dio con la policía y con la detención del nombrado.

Así, mientras la víctima declaró que fue auxiliada por el preventor en el lugar del hecho, en la intersección de las calles Brasil y San José, el agente señaló que la había socorrido en la intersección de las arterias Pavón y Santiago del Estero.

La defensa, a su vez, señaló otra contradicción consistente en que la damnificada había declarado que, al momento de reconocer a

Pizzuto, había descendido del móvil policial, mientras que el Sargento Aguilera señaló que nunca lo había hecho.

Por último, refirió que el preventor Aguilera había manifestado que durante la detención del nombrado había personas reclamando por su inocencia, mientras que la damnificada no declaró nada al respecto.

b).- resultaba poco creíble que dos personas hayan tenido que tomar de los brazos a la víctima y otra persona ponerle un cuchillo en la cara, golpearla en el estómago y tirarla al suelo, para desapoderarla de su celular que lo llevaba en su cintura. Indicó que no era necesario todo ese despliegue de violencia para poder cometer el robo.

c).- existían dudas sobre la capacidad de percepción de la damnificada.

Ello así, en función del testimonio del preventor Rubén Ramírez, quien dijo que conocía a la damnificada del barrio, ya que creía que la había identificado o demorado en una causa judicial.

Señaló a su vez que, de acuerdo a la constancia telefónica de fs. 42 –la que no fue incorporada por lectura al debate, pese a que la parte lo había solicitado–, el padre de la víctima manifestó que su hija no se encontraba en su domicilio porque estaba internada en una clínica de rehabilitación.

La parte indicó que estas circunstancias sembraban una duda sobre la capacidad de percepción de la damnificada.

En relación con la negativa de incorporar la mencionada constancia por lectura al debate, la parte hizo reserva de recurrir en casación en virtud de que dicho elemento probatorio “hac(ía) a la percepción de la testigo y al estado de sus sentidos”. Agregó que su intención no era burlar a la damnificada, sino determinar sus facultades al momento del hecho a fin de averiguar la verdad de lo sucedido.

En función de lo expuesto, la recurrente expuso que debía derribarse la afirmación que realizó el *a quo*, en atención a que la testigo había realizado un relato pormenorizado y creíble del hecho.

ii).- Señaló que no existía ningún registro filmico que

acredite los dichos de la víctima.

Manifestó que, si bien no se había podido capturar la grabación del hecho delictivo, ya que en ese momento la cámara que se encontraba en la intersección de la calle San José y la Av. Brasil estaba filmando en otra dirección, por lo menos, debió tomar la huida de los responsables y tampoco se logró captar (cfr. informe pericial de fs. 60).

Recordó, por último, que su asistido solicitó al momento de prestar declaración indagatoria las grabaciones de las cámaras de seguridad que se encontraban en el recorrido que realizó el día de los hechos y que sin embargo, solo se habían peticionado las imágenes del lugar donde se cometió el delito, las que en definitiva, tampoco pudieron demostrar el hecho que denunció la damnificada. Señaló que posteriormente, a pedido de parte, se requirieron las filmaciones del resto de las cámaras de la zona, pero que la medida había resultado en vano ya que las grabaciones se destruyeron, una vez que transcurrieron dos semanas del hecho.

En consecuencia, indicó que la falta de interés en averiguar la verdad o el error de la estrategia de la defensa privó a su asistido de un elemento esencial para demostrar la veracidad de su descargo.

iii).- La parte se agravió de que el tribunal no había hecho lugar al pedido de realizar una rueda de reconocimiento de personas, que había efectuado en la audiencia de debate, por resultar la medida extemporánea. Indicó que esta diligencia resultaba de vital importancia ya que la víctima podría haber confundido a su asistido con el verdadero autor del ilícito, en virtud de las similitudes en la vestimenta que ambas personas llevaban puesta.

Refirió, por último, que hizo reserva de recurrir en casación y que el planteo debía prosperar, ya que el error de la defensa de no haber solicitado la medida a tiempo, no debía operar en contra del imputado y de la averiguación de la verdad, máxime cuando la propia víctima estaba dispuesta a efectuarlo.

2.A.2.- Expuestos los argumentos planteados por la defensa, corresponde analizar si el *a quo* cumplió con las normas que

rigen la valoración probatoria para tener por acreditado el hecho que dio sustento a la condena impuesta a Lucas Pizzutto y, consecuentemente, dar respuesta a los agravios citados.

Al contrario de lo sostenido por la parte, los jueces de la instancia anterior han arribado a una conclusión respetuosa de las pautas de valoración probatoria derivadas de la regla legal de la sana crítica racional y de los principios que la regulan; y de ese modo han logrado acreditar con el grado de convicción necesaria la participación de Pizzutto en el robo que tuvo como víctima a Rossana Stephany Almada de la Cruz.

Cabe hacer hincapié en que el hecho por el cual resultó condenado Pizzutto se fundó, en lo sustancial, en el relato efectuado por la damnificada –el que la defensa pretende desvirtuar–, y en las declaraciones de los preventores Diego Aguilera y Rubén Ramírez que participaron en el procedimiento de detención del nombrado.

Los colegas de la instancia anterior consideraron que el relato de la víctima había resultado contundente.

Señalaron, en primer lugar, que la damnificada había descrito perfectamente el hecho y el rol que le cupo a cada una de las personas que la habían asaltado. De esta forma indicaron que en las circunstancias de tiempo, modo y lugar señaladas en el considerando n° 1, la denunciante manifestó que “dos muchachos la tomaron de los brazos, mientras que una chica le exigía que le entregue el celular, y como se negó a hacerlo, le pegó en su estómago, haciéndola caer al piso, y estando los tres sobre ella, sacó de su manga un cuchillo y se lo apoyó en la cara, amenazó con cortarla si no le entregaba el teléfono, por lo que de inmediato le dio lo que le pedía, aunque volvió a ser golpeada por esa chica”.

En relación con la participación de Pizzutto en el hecho, el tribunal valoró que en la audiencia de debate la damnificada había asegurado repetidamente que la persona que había individualizado el día de los hechos era uno de los hombres que le había robado, y que si bien, al principio, tuvo dudas de reconocerlo, una vez que la policía se acercó

hasta el sitio donde se encontraba, estuvo segura de que era el más alto de los dos muchachos que la habían tomado de los brazos mientras la mujer la golpeó y le sustrajo su celular.

Valoró, a su vez, que esa identificación la había realizado luego de verlo entre varias personas jóvenes, tanto hombres como mujeres que se encontraban junto a él en la vía pública.

Tomó en cuenta, además, que la descripción que había realizado la víctima a los policías concordaba con la persona de Pizzutto, toda vez que había señalado que se trataba de una persona de sexo masculino, de estatura mediana, tez trigueña, de pelo oscuro, que llevaba puesta una gorrita blanca con vivos rojos y una camperita. Todas estas características coinciden con las que figuran en el acta de detención de fs. 4 y con las fotografías del nombrado que se encuentran agregadas a fs. 2 del legajo de personalidad.

Por último, el *a quo* valoró que los dos policías que participaron del procedimiento concordaron en que la víctima había actuado de modo firme y certero, que a ambos les había narrado el hecho del mismo modo y que no dudó para nada en identificar a Pizzutto como uno de los autores del hecho delictivo.

En relación con el elemento que se utilizó para amedrantar a Almada de la Cruz, pese a que no fue hallado entre las pertenencias de Pizzutto, el tribunal valoró que la víctima había insistido, tanto en sede policial como en la audiencia de debate, que la mujer que participó del ilícito le había exhibido un cuchillo, el que posteriormente le fue apoyado en su cara. El *a quo* señaló, en este sentido, que “a pesar de no haberse secuestrado el elemento utilizado por los autores (...) se tuvo en cuenta los dichos de la víctima quien claramente detalló, desde el comienzo de los presentes actuados, sin fisuras, situación que mantuvo durante el debate, que el elemento utilizado por los involucrados en el hecho criminoso fue un cuchillo (...) que le fue apoyado en su cara”.

Sobre esta base, resultó plausible el razonamiento del tribunal, en cuanto entendió que “la declaración [de la víctima] reun(ía) los cánones máximos de credibilidad, por haber sido espontánea, sincera,

verosímil, coherente, desprovista de animosidad y que fue expuesta del mismo modo ante el funcionario policial que la encontró pidiendo auxilio, y luego por el segundo [agente] que recibió similares datos a los que le proporcionó a Aguilera, esto es, que fueron tres sujetos que utilizaron un cuchillo o elemento cortante y que reconoció al detenido como uno de los autores del hecho”.

De la reseña efectuada, se puede observar entonces que el tribunal llegó a una conclusión fundada acerca de la existencia del hecho delictivo y de la participación de Pizzutto en ese suceso.

2.A.3.- De todas formas, a continuación, se tratarán los argumentos planteados en la instancia por la parte.

i).- La defensa se agravió de la decisión del tribunal que no hizo lugar a dos medidas de prueba que solicitó en el marco de la audiencia de debate.

Ambas peticiones se efectuaron con la finalidad de desvirtuar el relato de la víctima. La primera de ellas tuvo que ver con la producción de una rueda de reconocimiento y la segunda, con la incorporación por lectura al debate de una constancia telefónica que se efectuó con el padre de la damnificada, en la que expresaba que su hija se encontraba en una clínica de rehabilitación.

Cabe aclarar que los agravios expuestos por la parte son una reedición de los ya planteados en la instancia anterior y que fueron debidamente contestados por el tribunal.

En efecto, en relación con la rueda de reconocimiento, tanto en la audiencia de debate como en el recurso de casación, la defensa entendió que su producción resultaba de suma importancia para demostrar la inocencia de su asistido. Indicó, además, que la producción de la medida constituía una válvula de seguridad incluso para la propia testigo, quien pudo haber reconocido a Pizzutto, en virtud de una confusión generada por la vestimenta que traía puesto su asistido el día de los hechos.

La fiscal interviniente se opuso a llevar a cabo la medida solicitada ya que la propia víctima había manifestado que no estaba en

condiciones de efectuar el reconocimiento debido al transcurso de tiempo, amén de no haber sido la oportunidad para solicitarla.

Bajo estos fundamentos, sumado a que la propia víctima indicó que no había visto el rostro del condenado con detenimiento, el *a quo* rechazó la producción de la medida, ya que en esas circunstancias la producción de la diligencia procesal carecía de sentido.

En conclusión, se advierte con suma claridad que el recurrente insiste en esta instancia con un planteo que fue razonablemente abordado por el tribunal de grado, ya que el *a quo* ha brindado motivos más que suficientes para fundamentar la improcedencia de la producción de la medida, a la vez que no ha brindado argumentos nuevos para desvirtuar lo dispuesto por el tribunal.

En relación con el pedido de incorporación por lectura de la constancia telefónica de fs. 42, la parte indicó que esa nota “hacía a la percepción de la testigo y al estado de sus sentidos”, ya que daba cuenta de que la víctima padecía de problemas de adicción. Agregó que su intención no era burlar a la damnificada, sino determinar sus facultades al momento del hecho a fin de averiguar la verdad de lo sucedido.

El tribunal no hizo lugar a la petición, toda vez que resultaba irrelevante y correspondía a la faz privada de la testigo. Asimismo, indicó que el argumento de que la víctima podría haber estado confundida en la oportunidad que individualizó a Pizzutto por sus problemas de adicción, era una conjetura de la parte recurrente que no tenía sustento en base empírica.

De todas formas, y pese a que no se incorporó por lectura la constancia telefónica, el *a quo* valoró esta cuestión ya que la propia víctima –a preguntas de la defensa– había manifestado que era cierto que había tenido problemas de adicción con las drogas, pero que para ese entonces se encontraba recuperada y que “hacía una vida normal, que trabajaba y estudiaba”.

Se advierte, de este modo, que el tribunal ha brindado razones valederas para no hacer lugar a la incorporación por lectura al debate de la constancia de fs. 42, a la vez que la información que

pretendía hacer valer la defensa, de todas formas, fue tomada en cuenta por los jueces para evaluar la credibilidad del relato de la testigo.

Esta circunstancia, sumada a la ausencia de argumentos adicionales por parte del recurrente, que permitan desvirtuar las consideraciones efectuadas por el tribunal, conduce a rechazar el presente agravio.

ii).- Por otro lado, la parte indicó que el relato de la víctima no resultaba verosímil ya que existían contradicciones entre su versión de los hechos y la que brindó el Sargento Aguilera, en relación con el lugar en el que la víctima solicitó auxilio a la policía y con las circunstancias en las que la damnificada reconoció a Pizzutto como uno de los autores del ilícito, precisamente, si había bajado del móvil policial para hacerlo.

En este sentido, mientras la víctima declaró que fue auxiliada por el preventor Aguilera en el lugar del hecho, en la intersección de las calles Brasil y San José, el agente señaló que la había socorrido en la intersección de las calles Pavón y Santiago del Estero.

Pese a ello, de acuerdo a la versión que dio la damnificada en sede policial al momento del hecho, un año antes de la audiencia de juicio, la víctima encontró al policía en el mismo lugar que éste había señalado.

La otra contradicción que manifestó consistió en que la Almada de la Cruz había declarado que, al momento de reconocer al condenado Pizzuto, había descendido del móvil policial por un instante y que luego volvió a entrar al patrullero, mientras que el Sargento Aguilera señaló que nunca lo había hecho.

De lo reseñado se advierte que las incongruencias no versan sobre aspectos esenciales de la conducta denunciada, que hacen a la reconstrucción del hecho, sino que tratan sobre circunstancias que lo rodearon y que en modo alguno desvirtúan el relato de la víctima.

Resulta plausible, en este sentido, lo sostenido por el *a quo*, en cuanto entendió que, por las características del caso, sumado al paso del tiempo entre el hecho y la audiencia de debate, no resultaba exigible a

la testigo que se acuerde con precisión la secuencia del hecho delictivo. Recuérdese que la víctima, al momento del hecho, se encontraba embarazada y que tuvo que ser trasladada a un nosocomio porque tuvo pérdidas en virtud de los golpes que sufrió.

En definitiva, el testimonio de la damnificada guarda coherencia y verosimilitud, y las pequeñas cuestiones señaladas por la parte no afectan a la lógica de su relato. En este punto, los planteos de la defensa para descalificarlo no afectan a su credibilidad y, por lo tanto, no pueden ser aceptados.

iii).- El agravio relativo a la imposibilidad de conseguir los registros filmicos de los hechos –ya sea porque el domo del lugar de los hechos no logró captar la imagen del delito o porque cuando se solicitaron las grabaciones de la zona ya estaban borradas–, tampoco puede prosperar pues mal se podría fundamentar la ausencia de intervención del imputado en el hecho sobre la base de una prueba cuya producción resulta imposible.

iv).- Por último, el argumento concerniente a que resultaba “poco creíble” que las personas que participaron en el robo hayan tenido que desplegar tanta violencia –tomar de los brazos a una persona embarazada, tirarla al piso, amenazarla con un cuchillo y pegarle en la panza– para llevarlo a cabo, quedó desvirtuado por las consideraciones expuestas en los puntos que anteceden.

Todo lo dicho conduce a afirmar que las razones expuestas en la sentencia cuestionada resultan suficientes para tener por probada la materialidad del hecho y la autoría atribuida a Pizzutto.

Sobre esta base, corresponde rechazar el recurso de casación, en relación con el agravio examinado.

2.B.- Errónea aplicación del derecho sustantivo en relación con la calificación asignada al hecho delictivo

2.B.1.- La defensa se agravio de la calificación escogida por el tribunal al hecho delictivo atribuido a su asistido (robo agravado por el uso de arma), toda vez que no existía prueba alguna de que se haya utilizado un elemento cortante para realizar el robo, más que los dichos

de la víctima que, a criterio de la parte, resultaban de un valor relativo.

Con relación a la escala penal del delito de robo con arma, señaló que no resultaba ajustado al “ideal de justicia y al principio *pro homine*” (sic) que si el robo se había cometido con un arma de fuego que no pudo ser hallada, se califique el hecho en el delito de robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada, cuyo mínimo legal es de tres años, mientras que si se llevó a cabo con un arma impropia, que tampoco pudo ser encontrada, se le asigne la figura del art. 166 –inc. 2–, CP, cuyo mínimo es de cinco años.

En este sentido, entendió que la falta de certeza en relación con la utilización de ambas armas era la misma y sin embargo, la escala penal de la figura que reprime el robo con un arma impropia es superior, pese a que el daño que puede causar es menor al que produce un arma de fuego.

Sobre esta base, solicitó que se califique el hecho en la figura de robo simple, de acuerdo al art. 164, CP.

Subsidiariamente, peticiónó que se asigne al ilícito el delito de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda, ya que, de acuerdo al relato de la víctima, eran tres las personas que intervinieron en el robo. Refirió, a preguntas del juez Niño, que proponía esta calificación en función de que su mínimo –de tres años– era inferior al de la figura escogida por el *a quo*, de cinco años.

2.B.2.- En virtud de las consideraciones expuestas en el punto “2.A.2”, resultó plausible la conclusión a la que arribó al tribunal, en cuanto consideró que se utilizó un cuchillo para poder perpetrar el delito.

Dicho esto, cabe señalar que el elemento que se maniobró para amedrentar a la víctima –un cuchillo– encuadra en el concepto de “arma” al que alude el tipo penal escogido por el tribunal, robo agravado por el uso de arma.

El cuchillo, en este sentido, es un elemento pasible de ser encuadrado en la doble categoría de arma blanca, es decir, arma en sentido estricto y utensilio destinado para comer.

Por lo tanto, amén de haber aumentado el poder ofensivo de los agentes, creado un peligro mayor para la víctima y menguado su capacidad de oposición o defensa, en el presente caso, el cuchillo que utilizaron los imputados debe ser considerado “arma”, en los términos del art. 166 –inc. 2º, primer supuesto–, CP.

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

2.C.- Arbitrariedad de la pena impuesta por falta de fundamentación

2.C.1.- La defensa señaló que el monto de la pena impuesta a Pizzutto, de cinco años y seis meses de prisión, no respetaba las exigencias contenidas en los arts. 40 y 41, CP.

Se agravió, en este sentido, de que no existían razones para que el *a quo* se haya apartado del mínimo legal, por el solo hecho de que su asistido haya registrado una sentencia condenatoria, más aún si se tenía en cuenta el tiempo transcurrido entre la comisión de un hecho y el otro.

En relación con los atenuantes, la parte señaló que el nombrado tuvo problemas de adicción con las drogas y que gracias a las actividades de rehabilitación que llevó a cabo pudo superar el problema. Refirió, a su vez, que antes de la comisión del delito, el imputado contaba con un trabajo y que prueba de ello, es que cobró un juicio laboral por un accidente de trabajo.

Sobre esta base solicitó que, de no hacer lugar a las pretensiones de la defensa, en relación con su absolución o el cambio de calificación legal, se modifique la pena impuesta a su asistido y se imponga el mínimo legal.

2.C.2.- En lo que hace a la determinación de la pena impuesta a Pizzutto, los jueces “estimaron justo imponer a Lucas Pizzutto la pena de cinco años de prisión y seis meses de prisión, accesorias legales y costas”.

Para arribar a dicha conclusión, el tribunal tuvo en cuenta la naturaleza, modalidad y consecuencias del obrar criminoso que se le

atribuyó al imputado.

En relación con las agravantes, el *a quo* indicó que “posee varias condenas anteriores por la comisión de delitos contra la propiedad, la violencia ejercida sobre la víctima la que se encontraba desguarnecida y que, pese a que no opuso resistencia, fue igualmente golpeada”.

Por último, en relación con los atenuantes, los jueces tuvieron en cuenta “el informe social, lo manifestado por la madre del imputado Silvia Susana Pérez, en cuanto a que Pizzutto tuvo que hacerse cargo de su familia y que tiene una hija, la regular impresión causada durante el debate, que el mínimo legal es suficientemente elevado (5 años), y demás pautas mensurativas de la pena, previstas en los arts. 40 y 41 del Código Penal”.

2.C.3.- En tales condiciones, cabe destacar que el monto de pena que el tribunal le impuso a Lucas Pizzutto resultó plausible, no así la fundamentación que utilizó para arribar a dicha conclusión; en particular, la valoración de los antecedentes condenatorios que registraba el nombrado como una circunstancia agravante para fijarle el *quantum* punitivo.

Ello así, porque –tal como sostuve en el precedente “Soplan”¹ de esta Cámara– el límite máximo de la pena a imponer en el caso concreto está dado por la culpabilidad del autor a raíz del injusto cometido.

Así, de acuerdo a la doctrina emanada del precedente “Gramajo” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la

¹ Cfr. CNCP, Sala II, “Sóplan, Aldo Javier”, n° 23135/2014/TO1/CNC1, rgto. n° 820/2016, rta. 17/10/2016

pena en ningún caso será su personalidad, sino la conducta lesiva llevada a cabo”².

En esta misma línea, el fallo “Maldonado”³ del mismo tribunal estableció que “la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia (...) No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor”.

En consecuencia, las cuestiones de prevención especial que, según dicha doctrina, pueden operar como “correctivo” al imputado, de ningún modo podrán superar el límite marcado por la culpabilidad del autor en el caso concreto⁴.

Dicho de otro modo: la culpabilidad establece el límite máximo de pena a imponer en el caso concreto y las cuestiones de prevención especial, eventualmente servirán de base para disminuir dicho *quantum* punitivo. Esto es, en el supuesto de que la persona no registre antecedentes. En el caso contrario, tal como lo sostuve en numerosos precedentes que tuve que resolver en el Tribunal Oral en lo Criminal n° 7⁵, los antecedentes condenatorios no deben constituir una pauta a tener en cuenta al momento de mensurar la pena a imponer.

Estos parámetros, claramente, no han sido seguidos en el caso bajo examen, pues los jueces tomaron los antecedentes

² Cfr. CSJN, “Gramajo”, Fallos 329:3680.

³ Cfr. CSJN “Maldonado, Daniel Enrique”, rta. 7/12/05.

⁴ Cfr. Ziffer, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, 2° ed., Buenos Aires, Buenos Aires, 2013, p. 155/158. Esta autora propone valorar, bajo ciertas condiciones, la existencia de antecedentes condenatorios como atenuante.

⁵ Tribunal Oral en lo Criminal n° 7, causas n° 4460 “Orellana”; n° 3967 “Miño”, n° 4509 “Luases y otros”, entre muchos otros.

condenatorios que registraba Pizzutto como una circunstancia para agravar su situación.

En este contexto, la fundamentación del *a quo*, a la luz de la doctrina emanada de los precedentes citados anteriormente implica una errónea interpretación y aplicación de la ley sustantiva, en los términos del art. 456 –inc. 1º–, CPPN.

Pese a ello, resultó adecuado el monto de pena que le impuso el tribunal a Lucas Pizzutto.

Cabe mencionar, en este sentido, que para fijarle al nombrado una pena que se elevó seis meses del mínimo legal, el tribunal además de tomar en cuenta los antecedentes condenatorios del incuso, valoró la violencia que se desplegó para cometer el ilícito, el estado de indefensión de la víctima y que no opuso resistencia al robo.

En este sentido, resulta evidente que el tribunal al mencionar la violencia desplegada tuvo en cuenta que la víctima se encontraba embarazada y que tuvo que ser trasladada a un nosocomio por las pérdidas que le provocó el golpe que le pegó en su panza la mujer que participó en el delito –que no logró ser identificada–. A ello se añade que fue tomada de los brazos por dos hombres, que la tiraron al suelo y que pese a que le sustrajeron su celular, tal como se señaló, la mujer le pegó en su estómago.

De lo reseñado, se advierte que la alusión del tribunal a que el hecho delictivo se llevó a cabo con un gran despliegue de violencia resultó pertinente y ajustado a las circunstancias que rodearon al caso y a las características de la víctima.

Por ello, pese a que considero adecuado descartar el agravante de los antecedentes condenatorios que registraba Pizzutto, entiendo que de todas formas el monto de pena no luce desproporcionado y merece mantenerse.

Así, si bien asiste razón a la defensa en la ausencia de fundamentación de la agravante, ello no se verá reflejado en una consecuencia en el caso en concreto.

3.- En virtud de las consideraciones efectuadas, propongo al acuerdo: **RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por la defensa, con los alcances mencionados en el presente voto.

El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:

1.- Los agravios de la defensa cuestionan la valoración de la prueba que permitió considerar acreditada la participación de Pizzuto en el hecho juzgado; la calificación de éste y la pena impuesta, a la que considera infundada.

2.- En cuanto al primer agravio, la defensa no logra conmover las conclusiones del tribunal *a quo*. Su planteo se dirige a presentar algunas contradicciones entre los relatos de los testigos y la falta de ciertas pruebas, lo cual le permite reclamar la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Sin embargo, los colegas de la instancia anterior fundaron su decisión, principalmente, en el testimonio de Rossana Almada de la Cruz, al que se sumaron las declaraciones de los policías que la auxiliaron y participaron de la detención de Pizzuto (Aguilera y Ramírez). Por su parte, la defensa no logra demostrar el error o la arbitrariedad en la valoración de la prueba efectuada, ni tampoco alcanza a explicar la existencia de la duda que reclama. Tal como se dijo en precedentes como “**Taborda**”⁶, “**Marchetti**”⁷ y “**Castañeda Chávez**”⁸, para que pueda afirmarse su presencia en el proceso, debe ser razonable, esto es, una duda razonada, o mejor, duda justificada razonablemente, donde “razonable” equivale a carente de arbitrariedad. La consistencia de la duda no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos proclives a 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 relación con la falta de realización de una rueda de reconocimiento y la incorporación por lectura de una constancia,

⁶ Sentencia del 02.09.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 400/15.

⁷ Sentencia del 02.09.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 396/15.

⁸ Sentencia del 18.11.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 670/15.

corresponde remitirse a lo dicho en el voto del juez Morin, punto 2.A.3.i, por compartirse su análisis y conclusiones.

3.- Con respecto a la utilización de un cuchillo en el hecho juzgado y su calificación jurídica, el tribunal *a quo* también aquí se basó en los dichos de la testigo Almada de la Cruz. Por lo tanto, cabe remitirse a lo señalado en el punto anterior y lo expuesto por el juez Morin en su voto, punto 2.B.2.

4.- Para imponer a Pizzuto la pena de cinco años y seis meses de prisión, el tribunal de la instancia anterior juzgó tres agravantes: las condenas anteriores que por delitos contra la propiedad registraba, la violencia ejercida sobre la víctima desguarnecida y que, pese a no oponer resistencia, fue igualmente golpeada (fs. 222 vta.). Asimismo, consideró atenuantes “...*el informe socio ambiental, lo manifestado por la madre del imputado Silvia Susana Pérez, en cuanto a que Pizzuto tuvo que hacerse cargo de su familia, que conformó su propio núcleo familiar y tiene una hija y la regular impresión causada durante el debate, que el mínimo legal es suficientemente elevado (5 años), y demás pautas mensurativas de la pena, previstas por los arts. 40 y 41 del Código penal...*” (fs. 223).

Por su parte, la defensa afirmó que, considerados los atenuantes, no existía razón para apartarse del mínimo legal, “...*por el solo hecho de tener sentencia condenatoria anterior ya que se estarían vulnerando el principio ne bis in ídem, más aún si tenemos en cuenta el tiempo transcurrido entre la comisión de uno y otro ilícito...*” (fs. 237 vta.).

Asiste razón a la defensa con respecto a las condenas consideradas por el tribunal *a quo*. En este caso particular, los jueces de la instancia anterior no identificaron a qué condenas anteriores se referían ni tampoco precisaron el tiempo transcurrido desde aquéllas y el momento actual ni justificaron por qué podían considerarse como agravantes. Del mismo modo, omitieron todo análisis para vincular el art. 41, inc. 2º, CP, con el 50 del mismo ordenamiento, en tanto la primera de las reglas citadas menciona como pautas para tener en cuenta en la medición de la pena “...*las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales...*”. Todo ello traduce

simultáneamente una errónea interpretación de los arts. 40 y 41, CP, como una falta de adecuada fundamentación de este aspecto de la sentencia (arts. 123, 456, incs. 1° y 2°, CPPN).

Sin embargo, el análisis efectuado no conduce a reducir la pena al mínimo de la escala aplicable, tal como lo pidió la defensa. Del resumen efectuado, surge que el tribunal *a quo* consideró dos agravantes más, que no merecieron crítica alguna de la parte recurrente. Si se tienen en cuenta la cantidad de agravantes consideradas en la instancia anterior (tres) y que aquí se descarta una, corresponde reducir proporcionalmente la pena impuesta, esto es, en dos meses.

Desde otra perspectiva, atento a la falta de recurso de la parte acusadora, este tribunal no está habilitado para examinar el monto de la pena impuesta, es decir, la corrección o incorrección de las restantes agravantes consideradas y su incidencia en la sanción fijada. Por lo tanto, el análisis efectuado debe limitarse a los agravios expuestos por la parte recurrente.

5. En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto y modificar la pena impuesta a Lucas Damián Pizzuto por la de cinco años y cuatro meses de prisión. Sin costas (arts. 40, 41, CP; 123, 456, incs. 1° y 2°, 470, 530 y 531, CPPN).

El juez Luis Fernando Niño dijo:

Con respecto al agravio orientado a cuestionar la materialidad del hecho y la autoría de Pizzuto, considero, al igual que el juez Morin, que el tribunal de mérito valoró la prueba recibida en el debate bajo estricto apego a la regla de la sana crítica y los principios que la regulan. En efecto, no caben dudas acerca de que el acusado participó activamente –junto a dos personas más– del desapoderamiento del aparato de telefonía celular perteneciente a Rosanna Stephany Almada de la Cruz.

Luego, he de coincidir con el análisis llevado a cabo por el colega preopinante Sarrabayrouse en lo que a la determinación de la pena impuesta importa, por lo que adhiero a la solución allí propuesta.

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.- RECHAZAR, por unanimidad, el recurso de casación interpuesto por la parte con relación a la participación de Lucas Pizzutto en el hecho delictivo y con la calificación legal escogida al caso;

II.- HACER LUGAR PARCIALMENTE, por mayoría, al remedio impetrado por la parte y **MODIFICAR LA PENA** impuesta por el *a quo* a Lucas Damián **PIZZUTTO** por la de **CINCO AÑOS Y CUATRO MESES DE PRISIÓN**, accesorias legales, sin costas (arts. 40, 41, CP; 123, 456, incs. 1° y 2°, 468, 470, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; Lex 100), y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota.

Eugenio C. Sarrabayrouse

Daniel Morin

Luis F. Niño

Ante mí:

Paula Gorsd
Secretaria de Cámara