

**Reg. n° 752/2016**

En la ciudad de Buenos Aires, a los 23 días del mes de septiembre 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, Eugenio C. Sarrabayrouse y Luis F. Niño, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto a fs. 475/490 vta. por la defensa oficial de Eduardo Andrés Graff y Matías Ezequiel Pattarini; en la presente causa n° **CCC 41667/2014/TO1/CNC1**, caratulada **"Graff, Eduardo Andrés y Pattarini, Matías Ezequiel s/recurso de casación"**, de la que **RESULTA**:

**I)** El Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 de esta ciudad, con fecha 11 de septiembre de 2015, resolvió, en lo que aquí interesa: **"I.-** Rechazar el planteo de inconstitucionalidad formulado por la defensa respecto de la reincidencia de Eduardo Andrés Graff. **II.-** Condenar al imputado Eduardo Andrés Graff (...) a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (arts. 12, 29 inc. 3°, 42, 45, 166 inc. 2°, segundo párrafo del Código Penal, 403, 530, 531 y ccs. del Código Procesal Penal). **III.-** Declarar al mismo Eduardo Andrés Graff reincidente (art. 50 del Código Penal). **IV.-** Condenar al imputado Matías Ezequiel Pattarini (...) a la pena de cuatro años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (arts. 12, 29 inc. 3°, 42, 45, 166 inc. 2°, segundo párrafo del Código Penal, 403, 530, 531 y ccs. del Código Procesal Penal)" (cfr. fs. 452/452 vta.). Sus fundamentos fueron dados a conocer el día 18 del mismo mes y año (cfr. fs. 453/464 vta.).

**II)** Contra dicha resolución interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad el defensor público oficial Alejandro Di Meglio (cfr.

fs. 475/490 vta.), el que fue concedido por el *a quo* (cfr. fs. 491) y debidamente mantenido en esta instancia (cfr. fs. 507).

**III)** El 4 de noviembre 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 interpuesto el trámite del art. 465, CPPN (cfr. fs. 509).

**IV)** Durante el término de oficina, previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, se presentó el defensor oficial Mariano P. Maciel, a cargo de la Unidad de Actuación n° 2 ante esta Cámara, quien se remitió a todo lo expuesto por su colega de la anterior instancia, efectuó algunas aclaraciones y desarrolló argumentos adicionales para sostener y ampliar su fundamentación (cfr. fs. 512/519).

**V)** El 29 de junio de 2016 se celebró la audiencia prevista por el art. 468 en función del 465, CPPN, a la que compareció el defensor oficial Mariano P. Maciel, de todo lo cual se dejó constancia en el expediente a fs. 523.

### **CONSIDERANDO:**

#### **El juez Morin dijo:**

1.- Interesa recordar que el representante del Ministerio Público Fiscal al requerir la elevación de la causa a juicio imputó a Eduardo Andrés Graff y a Matías Ezequiel Pattarini su participación “en el suceso acaecido alrededor de las 0.30 horas del día 13 de julio del (2014). En esa ocasión, los nombrados, en la intersección de la avenida Córdoba y la calle Santos Dumont de esta ciudad, detuvieron la marcha del taxi que era manejado por Luis Enrique Sifuentes Ávalos y, simulando ser ocasionales clientes, le solicitaron al nombrado que los llevara hasta la avenida Álvarez Thomas y Congreso.

Sin embargo, antes de llegar a destino, precisamente en el cruce de la avenida Triunvirato y la calle Larralde, Graff le solicitó al

conductor que detenga la marcha del rodado debido a que se sentía descompuesto.

En ese instante, el nombrado sacó una pistola semiautomática Bersa, modelo 23, calibre 22LR, n° 267.347, que se encontraba cargada con una bala en la recámara y otras tres en el cargador que llevaba colocado y le exigió a Ávalos que se sentara en el asiento del acompañante, en tanto que Pattarini se sentó en el asiento del conductor y manejó el rodado por la calle Larralde.

En esas circunstancias, los imputados le sustrajeron a la víctima una billetera con doce dólares estadounidenses (U\$S) y cuatrocientos cinco pesos (\$ 405). Así, al llegar a Andonaegui, Graff obligó a Ávalos a descender del rodado, luego de lo cual se dieron a la fuga, continuando a su marcha por la indicada arteria.

Inmediatamente después, el damnificado dio aviso de lo sucedido al Suboficial mayor Marcelo Sebastiani y al sargento primero Walter Attadia, quienes alertaron vía radio al Departamento Federal de Emergencias. Así comenzó la persecución del vehículo que manejaban los autores del hecho, que fue divisado de forma inmediata sobre la calle Andonaegui.

Así las cosas, el Agente Emanuel Lobo, que circulaba por la calle Bucarelli, al ser alertado de la persecución que ocurría, dobló en la calle Piran y observó que por allí circulaba un patrullero razón por la cual cruzó el móvil que conducía sobre gran parte de la calle a fin de impedir el paso de los acusados.

No obstante, los imputados, al acercarse a la calle Piran, donde se encontraba el móvil policial, no detuvieron su marcha y embistieron al patrullero. Producto de esto, el taxi colisionó a otros vehículos que se encontraban estacionados en la vía pública, siendo estos un Toyota Corolla, dominio EEM-071 y un Chevrolet Prisma, dominio MYY-302.

Esto último permitió a los oficiales preventores detener a Pattarini y a Graff. Cabe destacar que, en poder de éste último se secuestraron los elementos que le habían sustraído a Ávalos. Asimismo, dentro del auto se halló la pistola Bersa, calibre 22, que los autores del hecho habían utilizado para amedrentar a la víctima. Ésta poseía una bala en la recámara y otra tres en el cargador que tenía colocado”.

Además, el acusador público les endilgó “haber portado la indicada arma, que resultó ser apta para el disparo pero de funcionamiento anormal, sin poseer para ello, la debida autorización legal, como así también, haberla recibido para su uso y a sabiendas de que provenía de un hecho ilícito (...)” (SIC).

**2.-** En la sentencia, los jueces consideraron plenamente probada “la materialidad y la autoría penalmente responsable del episodio enunciado (...) en lo referente y por lo que se le atribuyera a Eduardo Andrés Graff y Matías Ezequiel Pattarini el delito de robo agravado por haber sido cometido mediante el uso de arma de fuego, en grado de tentativa”.

Por otra parte, absolvieron a los nombrados por el delito de daño reiterado en cuatro oportunidades –uno de ellos calificado– por el que fueron acusados durante el debate por el fiscal, sobre la base de que “no se ha logrado demostrar, ni surge de los elementos de prueba ventilados en la audiencia de debate, que (...) los imputados, hayan actuado respecto de los vehículos colisionados, entre ellos un patrullero (...) con el elemento subjetivo del tipo constitutivo que ésta figura requiere, esto es el dolo, la intención de dañar, ya que los mismos fueron producto propios de la huida de los imputados, resultando los daños producidos de carácter culposo” (SIC).

Asimismo, absolvieron a los acusados por los delitos de portación de arma de uso civil y encubrimiento por receptación

agravado por haber sido cometido con ánimo de lucro porque no medió acusación fiscal en el debate.

3.- Aclarado ello, cabe destacar que el recurrente se presentó ante esta instancia mediante recurso de casación y no objetó la materialidad del hecho que se tuvo por probado ni la participación que en él le cupo a sus asistidos, sino que se limitó a alegar:

**a) La arbitrariedad de la resolución porque debió absolverse a sus asistidos en función de lo previsto en el art. 34 inc. 1, CP:**

Afirmó que en sus indagatorias sus defendidos no se opusieron ni contradijeron los dichos del damnificado ni de los policías que los detuvieron, sino que manifestaron no recordar lo sucedido porque habían ingerido pastillas y alcohol, explicando así la pérdida de sus memorias y la falta de comprensión sobre la criminalidad de sus actos y el dominio de sus acciones. Señaló que tal versión fue reiterada por ambos durante el debate.

Sobre esta base, adujo que el fallo resultó arbitrario porque no trató ni respondió lo dicho en este punto por la parte durante los alegatos, en el sentido de que estaba probado el estado de inimputabilidad referido, o, al menos, existía duda sobre esta cuestión.

Indicó que el *a quo* descalificó tal versión con la ponderación de elementos probatorios de valor solo indiciario, ya que el hecho de que la víctima y los policías declararan no haber advertido el estado de intoxicación alegado, no quitaba lo sucedido en la realidad.

En esta dirección, consideró que una correcta valoración de todos los elementos de prueba arrojaba dudas insalvables sobre el estado mental de los imputados.

Recordó que sus asistidos intentaron huir conduciendo un vehículo pero, por sus estados mentales, no pudieron evitar la colisión directa contra el móvil policial, siendo esta última accidental, lo que se

advertía porque justamente por su producción concluyó la huida emprendida y porque resultaron absueltos por el delito de daños pese a la existencia de acusación fiscal.

A su criterio, ello demostraba que la resolución fue contradictoria porque ponderó prueba testimonial para apoyar su conclusión pero desatendió y omitió todo un tramo “contundente” de la realidad.

Por otra parte, expuso que en la sentencia solo se mencionaron dos elementos técnicos: el informe médico legista de fs. 49 y el del Cuerpo Médico Forense de fs. 285/286.

Consideró que el estudio de fs. 49, realizado a horas de la detención, no era confiable y no se realizó con seriedad porque no mostraba la realidad de los acusados en ese momento.

Así, expresó que allí se consignó que ninguno presentaba síntomas o signos de intoxicaciones, lo que, sin embargo, fue controvertido por los estudios de sangre y orina obrantes a fs. 208/210 y 211/213, que fueron ordenados por el instructor a partir de que los imputados en sus indagatorias introdujeron la cuestión relativa a que no recordaban los hechos por intoxicación.

Señaló que dichos exámenes, practicados casi cuarenta y ocho (48) horas después de la detención y muchas más horas desde la ingesta de las sustancias, arrojó como resultado que ambos presentaban evidencias de marihuana y cocaína en sus torrentes sanguíneos, por lo que era insostenible que el médico legista que realizó el informe de fs. 49 no advirtiera el nivel de intoxicación si dos días después aún existían rastros de ella.

Agregó que en el informe de fs. 49 se consignó además que los imputados no tenían lesiones de data reciente en sus cuerpos, pero que, dos días después de dicho examen, en el ingreso de Graff a Marcos Paz se informó que presentaba lesiones en su cuerpo, explicando el

nombrado en la ampliación de su indagatoria de instrucción que aquéllas le fueron producidas al momento de su detención, lo que demostraba que debió presentarlas durante la realización del informe legista.

Por estas razones, entendió que el informe médico legista de fs. 49 debía ser descalificado como medio de prueba, como así también el del Cuerpo Médico Forense de fs. 285/286, en el cual se concluyó que no se advertía una situación que hubiera impedido a los encausados comprender la criminalidad de los hechos o dirigir sus acciones, por haberse basado en el primero.

Durante el término de oficina, el defensor oficial Mariano P. Maciel entendió que la omisión de considerar prueba pertinente se tradujo en una violación a la garantía de defensa en juicio y tornó arbitraria la sentencia recurrida. Por ello, solicitó su nulidad y que se decrete la libre absolución de sus asistidos.

**b) La errónea interpretación de la ley penal, en tanto no correspondía aplicar la agravante de arma de fuego porque no se peritaron las municiones halladas:**

Manifestó que no se hizo un estudio sobre la aptitud de las municiones para cumplir con su fin específico, razón por la cual se perdió la posibilidad de aseverar con certeza que el revólver estaba en condiciones de ser disparado y, por ende, de ser considerado jurídicamente como arma de fuego.

Arguyó que en la sentencia no se formularon manifestaciones técnicas sobre los proyectiles incautados para aplicar agravante, sino solo un argumento dogmático, al referir que “no resulta lógico pensar que los encartados hubiesen portado un arma con proyectiles que no fueran aptos para ser utilizados”.

En definitiva, estimó que el *a quo* se valió de sus propias convicciones, asegurando *in malam partem* que los proyectiles estaban en

condiciones de ser disparados, descartando así numerosas posibilidades que solo podían despejarse técnicamente a través de un examen pericial.

Por tales motivos, solicitó la aplicación de la figura básica de robo tentado o, en su caso, de robo agravado por el uso de un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada.

Durante el término de oficina, el defensor oficial Mariano P. Maciel alegó que la aplicación al caso del art. 166 inc. 2º, CP ha comprometido garantías constitucionales.

En particular, esgrimió que se realizó una presunción en favor de la tesis inculpativa y en contra de los intereses de los imputados, invirtiéndose la carga de prueba y afectándose así el *in dubio pro reo*.

Adujo que para la configuración del art. 166 inc. 2º, CP era necesario que ambos elementos –el arma de fuego y sus municiones– fuesen idóneos para sus fines específicos.

Sostuvo que aunque en el peritaje de fs. 230/236 se señaló que la pistola era apta para su funcionamiento, aquella presentaba funcionamiento anormal, lo que hacía necesario corroborar mediante la experticia pertinente si las balas eran aptas para producir disparos.

Entendió que, descartada tal posibilidad, solo podía afirmarse la existencia de un arma de fuego que, aunque apta para el disparo, no era disponible de su uso inmediato.

Añadió que el actuar a distancia y la necesaria combinación de las partes de “las armas de fuego” era relevante, pues ello evidenciaba que “un arma de fuego no cargada o descargada” no integraba el conjunto del art. 166 inc. 2º, párrafo segundo, CP.

Además, estimó que, por aplicación del principio de legalidad material y prohibición de analogía *in malam partem*, tampoco podía aplicarse el art. 166 inc. 2º, párrafo tercero, CP porque en el *sub estudio* se pudo acreditar la aptitud para el disparo del arma utilizada en el robo.

Por todo ello, afirmó que la conducta imputada a sus defendidos era subsumible en el delito de robo simple.

**c) La arbitrariedad en la imposición del monto punitivo:**

El impugnante entendió, asimismo, que en virtud del principio de culpabilidad, correspondía disminuir la sanción impuesta a sus defendidos.

En esta línea, hizo hincapié en la actitud procesal asumida por ambos, ya que si bien expresaron no recordar lo sucedido, se mostraron arrepentidos y no se detuvieron a discutir la materialidad ni su intervención en los hechos.

Agregó que sus asistidos refirieron haber consumido excesiva cantidad de drogas y alcohol, lo que fue comprobado por el laboratorio químico, y que tal circunstancia disminuía su culpabilidad en el caso concreto.

Destacó además que se trató de un hecho sin violencia sobre la víctima, a quien incluso se le devolvió su documentación cuando fue requerido.

En particular, sostuvo que, conforme surgía del informe socioambiental, Graff padecía una fuerte adicción a las drogas; tenía cinco hijos, cuatro de ellos menores de edad; apego al trabajo y que, al momento de su detención, contaba con una ocupación estable.

Respecto de Pattarini, refirió que se trataba de una persona joven, con costumbre de trabajo y ocupación estable, que padecía adicción a las drogas y carecía de antecedentes penales. Destacó que el suceso endilgado fue un hecho excepcional en su vida, y que si se modificaba la calificación legal escogida, la pena podía dejarse en suspenso.

En función de todo lo expuesto, solicitó que, ya sea por un análisis más profundo de la culpabilidad o por la modificación jurídica

requerida, se aplique una pena que se adecue más al perfil de cada uno de sus defendidos.

**d) La errónea interpretación de la ley penal, en tanto no debió aplicarse el instituto de la reincidencia. Subsidiariamente: inconstitucionalidad del art. 50, CP.**

Destacó que según surgía del legajo de personalidad, Graff fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 de San Martín el 11 de noviembre de 2011 a la pena de cuatro (4) años y un (1) mes de prisión, que dicha sanción quedó firme el 27 de diciembre de 2011, recuperando su libertad el 4 de abril de 2012 por libertad asistida.

Sobre tal base, estimó que por el exiguo tiempo que su asistido cumplió como condenado previamente, solo tres (3) meses y nueve (9) días, el instituto de la reincidencia no le era aplicable. En esta línea adujo que:

-No cumplió las dos terceras partes de la pena dictada bajo régimen de condenado.

-No pudo atravesar el período de observación y comenzar la instancia de tratamiento en ese poco tiempo bajo el régimen de condenado.

-Tampoco contó con un tiempo prudencial en el despliegue del tratamiento penitenciario, conforme lo decidido por la Corte Suprema en el precedente “L’Eveque”, el que, según el fallo “Salto” de esta Cámara, exige el paso por el período de prueba. Agregó que en el caso mal pudo alcanzar dicho período porque para su acceso era necesario tener una determinada calificación de conducta y haber cumplido al menos un tercio de la condena, lo que no pudo ocurrir respecto de Graff.

Subsidiariamente, alegó la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia por resultar contraria a diversos principios constitucionales.

En función de todo lo expuesto, el impugnante solicitó que se case la sentencia impugnada y se absuelva a sus defendidos por existir duda acerca de si debió aplicarse el art. 34 inc. 1º, CP. Subsidiariamente, requirió una modificación de la calificación legal asignada a los hechos. Asimismo, peticionó la reducción del monto punitivo impuesto por resultar muy elevado en función de la verdadera calificación legal, y que se adecue a las condiciones de los imputados. Además, que se case la sentencia en cuanto declaró reincidente a Graff y subsidiariamente, la inconstitucionalidad del art. 50, CP.

4.- Sentado todo lo anterior, corresponde entonces brindar respuesta a los planteos efectuados por el recurrente:

**a) Imputabilidad de Eduardo Andrés Graff y Matías Ezequiel Pattarini:**

En lo que hace a este agravio, el *a quo* específicamente ha considerado que no existieron causas de justificación ni de inimputabilidad que eximieran de responsabilidad a Eduardo Andrés Graff y Matías Ezequiel Pattarini.

Concretamente, los jueces entendieron que las declaraciones de Graff y Pattarini no han sido más que “un vano intento de ponerse en mejor situación procesal intentando colocarse en un pretense estado de inimputabilidad que se desvanece (al) analizar, no sólo sus propios dichos sino (...) los elementos probatorios objetivos que emergen de los presentes actuados” (SIC).

En esta dirección, valoraron, fundamentalmente, la declaración de la víctima, Luis Enrique Sifuentes Ávalos, citando las siguientes partes de su testimonio prestado en el debate:

–“cerca de las 00.00 horas circulaba en su taxi por la calle Córdoba y Santos Dumont, unas personas levantan la mano pues supuestamente subía una, y detrás subió otra –que a la postre culminaron

siendo los incusos—, los que le indicaron que siguiera derecho, por Álvarez Thomas y le indican calles, no una dirección exacta”.

-“hablaban normalmente, como cualquier persona. Que al advertir que uno de ellos se colocaba justo detrás suyo (en general viajan los pasajeros cerca de la puerta por la que suben y bajan) advirtió que algo podía pasar”.

-“una de ellas hablaba mientras tanto por teléfono”, haciéndolo normalmente y que “(no) le parecieron alcoholizados”, que “la persona que iba pegado contra la puerta del lado derecho, saca un arma y le ordenan que pase al otro asiento”.

-“antes de llegar a la embajada de China... uno le pidió que pare la marcha porque supuestamente iba a vomitar —que terminó siendo el imputado Graff— y, cuando amagó para vomitar —circunstancia que no ocurrió—, es que en ese momento sacó el arma”.

-Que detuvo la marcha cuando esta persona amagó a vomitar, porque que de lo contrario no hubiera parado.

-“en todo momento el discurso de esa persona era normal y que siguieron la marcha por Larralde...” y “cuando les pidió que lo dejaran bajar, no se lo permitieron hasta que llegaron a la calle Andonaegui, donde a pedido suyo, le entregaron sus documentos —la billetera no, y en su interior tenía dólares y pesos—”.

El tribunal consideró que estas circunstancias resultaban demostrativas de la total comprensión de los imputados del ilícito que iban a realizar, porque “de común acuerdo y mediante la treta del vómito, indujeron a engaño al conductor del vehículo, con el fin de desapoderarlo de su billetera y del propio rodado que conducía”.

Asimismo, los jueces ponderaron que “condujeron el taxi aproximadamente cuatro cuadras más seguidos por el patrullero, de manera recta y en ningún modo zigzaguiante, lo que evidenciaba que su única intención era tomar distancia del patrullero que los perseguía”.

Además, tuvieron en cuenta que:

-La víctima fue clara en cuanto a que durante el viaje hablaban entre ellos, llegando a hacerle subir el volumen de la música; le ordenaron que se cambiara del lugar del conductor, y como estaba puesto el cierre centralizado del vehículo le solicitaron que abriera la puerta, lo que obedeció.

-Los dichos de Sebastiani, respecto a que ambos estaban como agazapados dentro del vehículo y que ambos presentaban un estado “normal, contestaban normalmente a las preguntas de datos filiatorios”.

-Los dichos del Oficial ayudante Monzón, quien confeccionó las actas de detención y sostuvo que los detenidos “estaban orientados en tiempo y espacio”.

Por último, tuvieron en consideración los informes médicos de fs. 49 y fs. 285/286, que “en lo esencial expresan que no se pudo advertir a través de la lectura de los autos analizados, alguna situación (estado de inconsciencia, alteración morbosa o insuficiencia de las facultades mentales) que haya impedido a los causantes comprender la criminalidad de sus actos y dirigir sus acciones”.

En lo relativo a este agravio, cabe tener presente que, además de que en la sentencia se ha dado acabada respuesta al planteo que ya había sido introducido por la parte durante el debate, corresponde al Estado, en función de la potestad punitiva que posee, poner en marcha el sistema de justicia penal cuando toma noticia de la comisión de un delito, con el fin de resolver sobre la culpabilidad –o no– del imputado en el caso concreto.

En este marco, esa potestad punitiva puede ejercerse legítimamente dentro de ciertos límites, pues, para arribar a un pronunciamiento que satisfaga el grado de certeza requerido en una sentencia de condena, el Estado tiene la obligación de probar la existencia de la conducta investigada y su encuadramiento en una figura

penal determinada. Logrado ello, puede afirmarse la tipicidad del supuesto de hecho investigado.

Está claro que la tipicidad de la conducta endilgada a Graff y Pattarini se halla debidamente constatada, circunstancia que no fue controvertida por la defensa, ya que ésta reconoció expresamente en su recurso que sus defendidos no cuestionaban la materialidad del hecho ni la intervención reprochada en la sentencia.

Ahora, cabe preguntarse qué sucede cuando lo que se pretende es probar la existencia de una causal que excluye la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad del imputado. ¿Debe igualmente el Estado poner en movimiento sus recursos para determinar si aquélla realmente tuvo lugar?<sup>1</sup>

Esto dependerá, en casos como el presente, de si hay elementos que adviertan acerca de su posible existencia, más allá de la simple aseveración de la parte. Pues, para activar el sistema de justicia penal en este sentido, es necesario algún punto de apoyo que la sustente<sup>2</sup>.

En el supuesto de autos, el recurrente procura quitarle mérito probatorio a las declaraciones de la víctima y de los policías intervinientes –quienes afirmaron que no advirtieron el estado de intoxicación alegado por la defensa–, como así también al informe médico legista de fs. 49 y al estudio del Cuerpo Médico Forense de fs. 285/286.

---

<sup>1</sup> Cfr. mi voto en las causas “Castañeda Chávez” (causa n° 59245/2013, rta. el 18/11/15, reg. nro. 670/15) y “Mejía Uriona” (causa n° 42001/2014, rta. el 3/5/16, reg. nro. 330/16), ambas de la Sala II de esta Cámara.

<sup>2</sup> Hay una lógica similar en el derecho anglosajón, en el que, tal como informa el juez García, “la carga de la prueba recae sobre la acusación y se designa *legal burden of proff.* Sin embargo cuando se trata de alegar defensas o excepciones, se reconoce que el acusado carga con el peso de la “persuasión” en el sentido de que incumbe a éste demostrar que hay suficiente evidencia para presentar una cuestión sobre la existencia o inexistencia de un hecho que daría base a una defensa o excepción, lo que se designa como *persuasive burden of proof*, pero una vez satisfecho el estándar de persuasión, no carga aquél con la prueba de ese hecho más allá de toda duda razonable” (cfr. artículo de LUIS M. GARCÍA en *Garantías constitucionales en el enjuiciamiento penal. Nuevos estudios críticos de la jurisprudencia.*, compilado por Florencia G. Plazas y Luciano A. Hazan, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2015, pp. 225/226).

Para ello, aduce distintas circunstancias “de la realidad”, las que, sin embargo, no resultan idóneas para desvirtuar la clara explicación ofrecida por el *a quo* para desechar el estado de inimputabilidad pretendido.

En este sentido, se advierte que incluso si se considerara que el choque contra el móvil policial fue accidental, ello no conduciría *per se* a afirmar la existencia de un estado de intoxicación, como parece entenderlo la defensa. Una conclusión distinta conllevaría al absurdo de asegurar que toda colisión accidental de vehículos automotores encuentra su causa en estados de intoxicación, lo que de ningún modo resulta razonable.

En cuanto a lo alegado respecto de los informes considerados por el *a quo*, cabe decir que tampoco asiste razón a la defensa.

Ello así, porque no necesariamente la circunstancia de que el estudio realizado por el Cuerpo Médico Forense a Graff y a Pattarini cuarenta y ocho horas (48) después de la detención evidencie que tenían marihuana y cocaína en sus torrentes sanguíneos, implica que aquéllos hayan actuado bajo un estado de inimputabilidad al cometer el hecho por el que resultaron condenados.

En este punto, vale destacar que en los informes periciales de fs. 208/210 y 211/213 se concluyó que Graff tenía en sangre: “metilecgonina (metabolito de la cocaína) en trazas no cuantificables”, y en orina: “acetilmetamizol en trazas no cuantificables, cocaína en trazas no cuantificables, 11-CARBOXI THC (metabolito del THC) en trazas no cuantificables, levamisol en trazas no cuantificables, metilecgonina (metabolito de la cocaína) en trazas no cuantificables”; y que Pattarini tenía en sangre: “metilecgonina (metabolito de la cocaína) en trazas no cuantificables”, y en orina: “cocaína en trazas no cuantificables, metilecgonina (metabolito de la cocaína) en trazas no cuantificables y 11-CARBOXI THC (metabolito del THC) en trazas no cuantificables”.

Tal como quedó asentado, en tales estudios específicamente se indicó que las sustancias fueron halladas “en trazas no cuantificables”.

Si a esto se suman las declaraciones de la víctima, las de los policías, el informe médico legista de fs. 49 y el del Cuerpo Médico Forense de fs. 285/286, que dan cuenta de que tanto al momento de comisión del hecho, como al momento de la detención e incluso una vez ya detenidos los imputados, su estado y modo de desenvolverse siempre fue normal, no cabe más que concluir, entonces, y conforme lo ha hecho el *a quo*, que la alegada causal de inimputabilidad carece de sustento.

Por estas consideraciones, corresponde rechazar el recurso de casación en lo que a este agravio se refiere.

**b) Calificación legal:**

Como se dijo, los jueces encuadraron la conducta reprochada a los imputados en el delito de robo con arma de fuego en grado de tentativa, de conformidad con lo establecido en los arts. 42 y 166 inc. 2º primer párrafo, CP.

Al así hacerlo, consideraron “dados los aspectos objetivos y subjetivos de la figura, ello toda vez (que) como han quedado probado los hechos los encartados Graff y Pattarini han actuado con el dolo exigido por la figura en este caso con dolo directo a efectos de la realización del hecho que los encuentra autores del mismo y que damnificara a Luis Enrique Sifuentes Ávalos”.

Agregaron que “la comisión del hecho se llevó adelante (...) con un arma de fuego la que se encuentra secuestrada y reconocida como la misma que fuera hallada en el interior del taxi que conducía Sifuentes Ávalos al tiempo de los hechos, la que a más de ello se encontraba con bala en recámara y con cargador colocado, siendo clara la pericia en cuanto a el arma, sin perjuicio de su tipo de funcionamiento resulta ‘apta para el disparo’, conforme emerge de fs. 230/236 y que da cuenta que se

trata de una pistola semiautomática de doble acción, marca Bersa 22 LR, que se encontraba cargada con cuatro cartuchos de bala”.

Aclararon que escogieron la calificación legal consignada “puesto que del peritaje de Fs. 230/236 surge que la misma era apta para el disparo –sin perjuicio del tipo de funcionamiento–, no resultando lógico (...) que de las cuatro balas secuestradas –una de las cuales se encontraba dentro de la recámara–, ninguna de ellas perteneciera a la misma, ni resultara apta para que pueda ser disparada”.

Señalaron que “al momento del secuestro (...) la pistola Bersa, Calibre 22, se encontraba con el cargador puesto en su interior con tres balas colocadas, e incluso una bala más, dentro de la recámara, por lo que la misma se encontraba a todas luces pronta para ser utilizada por los encartados”.

Y añadieron que “no es racional el planteo que introduce la defensa respecto a que las municiones no fueron peritadas con dicha pistola, por cuanto por el particular calibre del arma en cuestión, así como de los proyectiles secuestrados –ambos cal. 22 Largo Rifle–, no resulta lógico pensar que los encartados hubiesen portado un arma con proyectiles que no fueran aptos para ser utilizados”.

Sobre esta base, concluyeron que se daban los requisitos de la figura escogida “a lo que se aduna su modo de empleo respecto de la víctima de autos, conforme el mismo lo describiera en su propia declaración” y que “(h)a quedado demostrado que la norma califica el delito por su comisión con armas de fuego, cuando como en el caso bajo análisis, se utilizan como un instrumento para su ejecución, constituyendo su uso la violencia física o la amenaza de hacerlo o cuando fue blandida contra la víctima a efectos de vencer su resistencia al apoderamiento de las cosas”.

En este punto, entiendo que corresponde hacer lugar al planteo introducido por el impugnante, en tanto la conducta llevada a cabo por

Graff y Pattarini sólo resulta pasible de ser subsumida en el delito de robo simple.

Ello es así, por dos motivos:

En primer lugar, porque si bien es cierto que el arma que llevaban los encausados, por sus características extrínsecas y el modo de empleo en el caso concreto tuvo efecto intimidatorio sobre la víctima, no se demostró que la vida o la integridad física de esta última haya corrido peligro.

Esto, porque los estudios periciales obrantes a fs. 230/236 sólo alcanzaron a la operatividad del arma en sí, pero no a la aptitud de sus municiones.

Es decir, ninguna prueba se hizo para conocer si los proyectiles estaban en condiciones de ser disparados por aquélla.

En el informe de mención se aclaró que los disparos experimentales, para conocer la aptitud y funcionamiento de la pistola, se hicieron en el dispositivo de tiro de esa dependencia, “utilizándose para ello cartuchos adecuados pertenecientes al depósito de munición de ésta División”.

En este sentido, comparto lo afirmado por la mayoría de la Cámara del Crimen en el plenario “Costas”, en el que se señaló: “...un arma de fuego, tomada su expresión jurídica y conceptualmente, debe estar en condiciones de ser utilizada para hacer fuego, lo cual conduce inexorablemente a la situación que si no se encuentra cargada no podrá ser tenida como tal, por más que su sola ostentación puede llevar a engaño a la víctima obligándola a hacer entrega de aquello que se le requiere” (del voto de Abel Bonorino Peró). “Ningún objeto lanzador y ningún proyectil pueden, por sí solos, comportarse como un arma en sentido propio, pues un arco sin flechas, o una honda sin piedra no satisfacen la aludida función. Esta sólo puede ser satisfecha por el conjunto debidamente estructurado, y, por lo tanto, no puede predicarse

a ninguna de las ‘partes’ las propiedades que son privativas del ‘todo’. Se trata de una imposibilidad lógica...” (del voto de Guillermo Ouviaña).

En pocas palabras, el hecho de que el arma que detentaban Graff y Pattarini cuando cometieron el hecho que se tuvo por probado tuviera tres balas colocadas y una más en la recámara, no determina la existencia de un arma de fuego, en tanto no se ha comprobado la aptitud para el disparo de las municiones secuestradas.

Por tal razón, no se puede sostener que esté completo el tipo penal del art. 166, inc. 2º, segundo párrafo, CP.

En segundo lugar, porque, a mi juicio, no cabe reconducir la subsunción legal hacia el último párrafo del art. 166, inc. 2º, CP, que agrava el robo cuando fuera cometido con un arma de fuego *cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada*.

El caso que nos ocupa tiene por base, al contrario de lo que reclama la norma citada, un supuesto de hecho en el que *efectivamente se ha podido acreditar la aptitud para el disparo del revólver* que fuera utilizado en el robo (cfr. el peritaje efectuado por la División Balística de la Policía Federal a fs. 230/236 en el que se concluyó que “la pistola semiautomática de simple y doble acción, calibre .22 largo rigle, marca bersa, modelo 23, número 267347, resultó ser ‘apta para el tiro pero de funcionamiento anormal’”).

Como consecuencia de lo expuesto se debe concluir, sin más, que al no tratarse de uno de los supuestos alcanzados por la norma, ésta no resulta de aplicación al caso.

Arribo a esta conclusión sin desconocer que por vía de interpretación se ha equiparado esta conducta, claramente no prevista en la ley, a las restantes descriptas en el artículo citado<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. “Moroni, Javier s/ recurso de casación” (causa n° 6390, rta. el 14/10/05), de la Sala I de la CFCP.

Ciertamente llevan razón quienes argumentan que no parece lógico que el legislador haya agravado dos conductas que resultan similares a una tercera –en tanto todas tienen igual poder intimidatorio– y que, a pesar de ello, haya dejado de reprimir de modo agravado a esta última.

El argumento de la similitud, sin embargo, demuestra dos cosas: en primer lugar, que esta última acción no se encuentra en verdad descrita en la norma; en segundo término, y como consecuencia de lo anterior, que sólo se la puede incorporar al universo de las conductas reprimidas de forma agravada por medio de una interpretación analógica en perjuicio del imputado.

La ausencia de una decisión por parte del legislador consistente en reprimir específicamente esta conducta, que aparecía como lógica a la luz de la decisión simultánea de reprimir con mayor pena conductas semejantes, no puede ser suplida por los jueces mediante la incorporación de un supuesto que razonablemente debería haber estado contemplado en la fórmula legal, pero que de hecho no lo está.

Este es precisamente el límite que el principio de legalidad mediante la prohibición de la analogía impone a los jueces.

Por otra parte, debe quedar claro que la ausencia de lógica que se halla presente en la decisión incompleta del legislador no se traslada sin más a la resolución judicial que, advirtiendo este extremo, no lo remedia por vía de una interpretación prohibida por el artículo 18, CN.

Concretamente, cuando se exige, tal como lo hace nuestro sistema procesal, que una decisión judicial se encuentre fundamentada, se está exigiendo la expresión de los motivos por los que se decide de una u otra manera así como también que la valoración crítica de la prueba se realice de conformidad con las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicos.

Ello no implica, sin embargo, que el juez le deba hacer decir a la ley lo que la ley no dice so pretexto de que, de lo contrario, se estaría infringiendo las reglas del correcto entendimiento humano. Ello así, pues si la incongruencia se encuentra en la ley, la inconsecuencia lógica sólo a ella puede serle atribuida.

En definitiva, “si por analogía se entiende completar el texto legal, en forma que considere prohibido lo que no prohíbe o lo que permite, reprochable lo que no reprocha o, en general, punible lo que no pena, basando la decisión en que prohíbe, no justifica, reprocha o pena conductas similares o de menor gravedad, este procedimiento de interpretación queda absolutamente vedado del campo de la elaboración jurídica del derecho penal, porque la norma tiene un límite lingüísticamente insuperable, que es la máxima capacidad de la palabra. Ello obedece a que es necesario extremar los recursos para que sólo la ley formal sea fuente de criminalización primaria, no pudiendo el juez *completar* los supuestos. Como el derecho penal provee mayor seguridad jurídica cuanto más discontinuo es el ejercicio del poder punitivo que habilita, es la misma seguridad jurídica que requiere que el juez acuda a la analogía en el derecho civil, la que aquí exige que se abstenga de ella”<sup>4</sup>.

En virtud de lo expuesto, toda vez que la norma bajo examen no contempla el caso del arma descargada cuya aptitud para el disparo ha sido acreditada (debe recordarse que la cuestión sometida a debate en el plenario “Costas” citada en los antecedentes de la ley sólo tenía por objeto determinar si un elemento de estas características debía ser incluido en la categoría de arma; no versaba sobre una cuestión probatoria) entiendo que la conducta cometida por Graff y Pattarini se subsume en el tipo de robo simple descrito en el artículo 164, CP.

**c) Monto punitivo:**

---

<sup>4</sup> Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Derecho Penal, Parte General; Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 111.

A partir de la modificación legal propugnada, resulta inoficioso tratar el agravio vinculado a la arbitraria mensuración de la pena, en tanto corresponde remitir las presentes actuaciones a un nuevo tribunal, para que, una vez realizada la audiencia prevista en el art. 41, CP, fije la pena aplicable al caso en el marco del delito de robo simple en grado de tentativa (art. 42 y 164, CP).

**d) Reincidencia:**

Por último, cabe tener presente que el *a quo* en la sentencia resolvió además declarar reincidente a Graff en virtud de que “ha cometido los hechos analizados en la causa 4463, habiendo cumplido anteriormente tiempo de detención, en calidad de condenado”.

Los jueces especificaron que “fue condenado el 11 de noviembre de 2011 en la causa n° 2372 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 6, Departamento Judicial de San Martín, a la pena de cuatro años de prisión y un mes de prisión, accesorias legales y costas”.

En lo atinente a la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del art. 50, CP efectuada por la defensa, interesa recordar que la Corte Suprema ya se ha pronunciado sobre esta cuestión, pues, en el precedente “Arévalo” ratificó la constitucionalidad de la reincidencia por remisión a la doctrina permanente de ese tribunal, explicitada en “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938), “L’ Eveque” (Fallos: 311:1451) y “Gramajo” (Fallos: 329:3680), aún después de que adquirieran rango constitucional las reglas establecidas en el art. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP.

Asimismo, la crítica relacionada con el tiempo sufrido como condenado requerido para considerar que ha habido cumplimiento parcial de la pena anterior, también fue expresamente resuelta en el fallo “Gómez Dávalos” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En lo que aquí interesa, allí se dijo:

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

Es suficiente, entonces, contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de libertad, *independientemente de su duración*, ya que el tratamiento penitenciario es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena. Es cierto que podrían presentarse supuestos extremos en los que la escasa magnitud de la pena cumplida ofreciera alguna dificultad en la solución, pero esta hipótesis no pasó por alto en el debate parlamentario, donde el senador De la Rúa expresó: “Entendemos que esto no es del todo claro para ciertas situaciones intermedias, límites o excepcionales cuando, por ejemplo, el tiempo de cumplimiento parcial es muy breve, casi insignificante. *Con todo, refirma el sistema de reincidencia real que se adopta.* Hay que reconocer que el juez puede tener cierta elasticidad para situaciones excepcionales cuando, por ejemplo, se trata de una diferencia de un solo día o incluso pocos días de prisión...” (Diario de Sesiones de la H. Cámara de Senadores de la Nación, 15 de febrero de 1984, pág. 578).

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

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

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

Sobre esta base, y toda vez que, como surge de la resolución impugnada, Graff cumplió pena como condenado en el marco de la pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 del Departamento Judicial de San Martín, corresponde concluir que ha sido correcta la interpretación del *a quo*, ya que ha habido cumplimiento parcial de la pena y, por añadidura, es correcta la declaración de reincidencia.

**5.-** Por todos estos motivos, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Eduardo Andrés Graff y Matías Ezequiel Pattarini, casar la resolución impugnada sólo en lo atinente a la calificación legal escogida en la sentencia, condenar a los nombrados por el delito de robo simple en grado de tentativa, y disponer el reenvío a un nuevo tribunal de juicio

para que, previa audiencia contradictoria, fije una pena acorde al nuevo encuadre jurídico penal, sin costas (arts. 42, 45 y 164, CP; 456 inc. 1º, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

**El juez Niño dijo:**

1.- Respecto de los pedidos de la defensa solicitando: a) la absolución del imputado con base en que el Tribunal habría incurrido en un supuesto de arbitrariedad al no contemplar la aplicación del art. 34.1 CP; b) la errónea interpretación de la ley penal, en tanto no correspondía aplicar la agravante “arma de fuego” debido a que no se peritaron las municiones secuestradas y c) la arbitrariedad de la imposición del monto punitivo por no respetar los lineamientos trazados por los art. 40 y 41 CP; adhiero a la solución propuesta por el colega Morin por compartir, en lo sustancial, los argumentos vertidos en el punto 4, párrafos a, b y c.

2.- En cuanto a la declaración de reincidencia, sin perjuicio de la postura reseñada por la Sala III en el precedente “Cajal”<sup>5</sup>, en la cual remitiéndome al precedente “Obredor”<sup>6</sup>, declaré la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, en tanto y cuanto conculca los principios de igualdad ante la ley, de legalidad, de lesividad y de culpabilidad por el hecho (arts. 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como el de prohibición del doble juzgamiento y/o punición (art. 33 de la Constitución Nacional y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU), en el presente caso de Eduardo Andrés Graff tampoco corresponde la declaración de reincidencia.

Ello, si tenemos en cuenta mi postura tradicional sobre los

---

<sup>5</sup> Causa 31507/2014/TO1/CNC1, “Cajal, Hugo Ernesto s/ robo”. Rta. 14.8.15 (reg. 351/2015)

<sup>6</sup> Causa n° 25833/2014/TO1/2/CNC1, “Obredor, Mariano Pablo s/ robo con armas en grado de tentativa”. Rta. 4.8.15 (reg. n° 312/2015)

parámetros que debía tener presente el juzgador al momento de aplicar las prescripciones del art. 50 del digesto sustantivo, el que reiteradamente sostuve como juez ante los tribunales orales de esta Capital Federal.

En efecto, la cuestión central consiste, una vez más, en tomar partido dentro de las distintas tesituras, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, respecto de qué tiempo de pena privativa de libertad debe considerarse para predicar acerca de su cumplimiento parcial. Con las salvedades antes expresadas cabe decantarse, por resultar la más restrictiva, aquella que toma como plazo el cumplimiento de los dos tercios de la condena firme –por analogía “in bonam parte” con el art. 13 del Código Penal–, toda vez que es el que brinda un asidero legal al argumento de la virtual eficacia del cumplimiento de la pena en cuanto tratamiento.

Cuadra recordar el voto del doctor Elbert en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, “Guzmán, Miguel F.” del 8 de agosto de 1989, en el que como primera cuestión se trató la que aquí nos convoca. Allí sostuvo el aludido magistrado que *“(p)or fin, se apoya el último criterio porque está tomado analógicamente de la ley penal, en lo referente a la libertad condicional, institución ahora vinculada fuertemente al instituto de la reincidencia. Cabe pensar que los dos tercios de la pena anterior sean el mínimo relevante de la eficacia del cumplimiento de la pena en cuanto tratamiento, y que este criterio sirve también para determinar cuándo se alcanza una magnitud importante de prevención especial. Por fin, es la más garantizante de las posibilidades, conforme a la Constitución, para proteger los intereses del justiciable”*.

En análogo sentido, durante su voto en el citado plenario, el doctor Eugenio Raúl Zaffaroni dijo: *“(d)ado que la jurisprudencia de la Corte Suprema no recepta aún la inconstitucionalidad de la reincidencia que, como todo esfuerzo por el derecho penal de garantías, debe abrirse paso lenta y dificultosamente – según enseña la historia-, mi voto por la tesis del doctor Elbert obedece a que es la*

*más restrictiva del concepto de reincidencia...”.*

Más recientemente, se ha expedido la Dra. Ángela Ledesma, en los autos 5843 “Hernández Almada, José Washington s/ recurso de inconstitucionalidad”, resuelta el 19 de octubre de 2005, registro 872/05, Sala IV, Cámara Federal de Casación Penal, retomando esa concepción reduccionista de un instituto que, al fundarse en elementos tales como *“el desprecio que manifiesta por la pena quien pese a haberla sufrido antes, recae en el delito... demostrando una insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche”* (CSJN, 16/10/86, “Gómez Dávalos, Sinforiano”, Fallos 308:1938, considerando 5º), revela su anclaje en el fondeadero del Derecho Penal de autor.

Huelga redundar que no paso por alto este último reparo, ni se me escapa que el abismo que se tiende entre las condiciones reales de encierro en la praxis penitenciaria que nos incumbe y el propósito de reinserción social dispuesto por el legislador en la norma penitenciaria (ley 24.660, art. 1), otorga a las expresiones “desprecio” e “insensibilidad” un matiz que, en el mejor de los casos, proviene del más crudo retribucionismo, -fin de la pena que nuestra normativa no acoge- y, en el peor, de un mero ejercicio de cinismo.

Sentado lo anterior, a la luz de los antecedentes reseñados y retomando el criterio adoptado a partir del voto mayoritario incluido en el fallo recaído el 22 de Octubre de 2008 en la causa n° 2739, caratulada “Larrouturon, Diego Gastón, s/robo con armas en concurso real con tenencia de arma de guerra”, del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, considero que el tiempo que permaneció detenido en calidad de condenado Eduardo Andrés Graff en cumplimiento de la sanción impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 de San Martín, PBA, en la causa n° 2372 de esos registros –que, según las fs. 9/13, 19 y 29/67 del legajo para el estudio de la personalidad, en calidad de condenado fue de tres meses y nueve días–, conduce a estimar que no

concorre en el caso la condición que permitiría dar relevancia a su hipotética reincidencia en el delito pues no habría alcanzado los dos años, ocho meses y veinte días de encierro necesarios para tener por cumplidos los dos tercios de la pena de cuatro años y un mes de prisión impuesta por el aludido órgano colegiado.

Ello es así conforme al claro texto del artículo 13 del Código Penal, tomado como punto de referencia en los tres votos mencionado a la hora de precisar el mínimo de eficacia del cumplimiento de la pena en cuanto tratamiento, y tras efectuar la simple suma aritmética del lapso en que el incuso permaneció en prisión efectiva desde que aquella sentencia adquirió firmeza.

Tal el sentido de mi voto.

**El juez Sarrabayrouse dijo:**

Adherimos, en lo sustancial, al voto del colega Morin, con las precisiones que se formulan a continuación.

1. En cuanto a la imputabilidad de Graff y Pattarini, tal como se dijo en el precedente **“Castañeda Chávez”**<sup>7</sup> no se trata de una cuestión vinculada con la distribución de la carga de la prueba, que en todo caso corresponde siempre al Estado, sino de la manera en que se construye la hipótesis de la defensa ante la cual compite la planteada por el acusador. Es que la contundencia de la hipótesis condenatoria no se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria. Por lo tanto, si la explicación del caso propuesta por la defensa en cuanto a la supuesta inimputabilidad de sus asistidos no cuenta con fundamentos fácticos en las pruebas valoradas, tal como lo desarrolla el colega Morin en su voto, corresponde rechazar el agravio en este punto.

2. En lo atinente a la reincidencia impuesta a Graff, el primer

---

<sup>7</sup> Sentencia del 18.11.2015, Sala II, jueces Bruzzone, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 670/15.

agravio de la defensa se dirige a cuestionar que su caso no encuadra en el art. 50, CP en los términos del precedente **"Salto"**<sup>8</sup> (cfr. fs. 483).

De acuerdo con lo señalado por el juez Niño con respecto al tiempo que Graff recibió tratamiento como condenado, el tiempo transcurrido en tal calidad no habilita que así se lo considere.

En efecto, según surge de la fs. 464 de la sentencia, el tribunal *a quo* consideró exclusivamente la pena de cuatro años y un mes de prisión impuesta el 11 de noviembre de 2011 por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 6 del Departamento Judicial de San Martín. Dicha decisión quedó firme el 27 de diciembre de 2011 y Graff, detenido desde el 2 de diciembre de 2009, fue liberado el 4 de abril de 2012, en los términos de la libertad asistida. El escaso lapso transcurrido muestra que asiste razón a la defensa en cuanto a la etapa del tratamiento que alcanzó Graff. Se trata también aquí de un supuesto de errónea aplicación de la ley sustantiva, por lo cual debe dejarse sin efecto el punto III de la decisión recurrida.

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación de 475 / 490 vta., casar los puntos II y IV de la sentencia de fs. 453 / 464 vta., modificar la calificación del hecho por la de robo simple en grado de tentativa, dejar sin efecto el punto III de la misma resolución en cuanto declaró reincidente a Eduardo Andrés Graff, y disponer el reenvío a un nuevo tribunal para que, previa audiencia con las partes, determine una pena conforme al encuadre legal dispuesto, sin costas (arts. 42 y 164, CP; y arts. 456 inc. 1°, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

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

---

<sup>8</sup> Sentencia del 27.08.2015, Sala II, jueces Bruzzone, Sarabayrouse y Morin, registro n° 374/15.

Federal, **RESUELVE:**

**I.** Por unanimidad, **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación interpuesto a fs. 475/490 vta. por la defensa oficial, **CASAR** los puntos II y IV de la sentencia de fs. 453/464 vta., y **MODIFICAR** la calificación del hecho por la de robo simple en grado de tentativa.

**II.** Por mayoría, **DEJAR SIN EFECTO** el punto III de la misma resolución en cuanto declaró reincidente a Eduardo Andrés Graff.

**III.** Por unanimidad, **DISPONER** el reenvío a un nuevo tribunal para que, previa audiencia con las partes, determine una pena conforme al encuadre legal dispuesto, sin costas (arts. 42, 50 y 164, CP; 456 inc. 1º, 465, 468, 469, 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