

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNC1

Reg. n° 151/2018

///n la ciudad de Buenos Aires, a los 6 días del mes de Marzo de 2018, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los señores jueces doctores Horacio Leonardo Días, María Laura Garrigós de Rébori y Luis M. García, asistidos por el secretario actuante, Santiago A. López, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 337/363 de la causa n° CCC 1741/2015/TO2/CNC1, caratulada “**Naya Peralta, Diego Ignacio s/ recurso de casación**” de la que **RESULTA:**

I. El 12 de noviembre de 2015, los integrantes del actual Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 13 de la Capital Federal dieron los fundamentos por los cuales resolvieron, en lo que aquí interesa, rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 80, inciso 7° del Código Penal (CP); condenar a Diego Ignacio Naya Peralta a la pena de diez años de prisión de efectivo cumplimiento por considerarlo autor penalmente responsable del delito de homicidio ‘*criminis causae*’ en grado de tentativa, en concurso ideal con robo agravado por sido cometido mediante el uso de arma (art. 12, 29, inciso 3°, 45, 55, 80, inciso 7° y 166, inciso 2°, párrafo primero, CP); rechazar el planteo de inconstitucionalidad del artículo 50, CP intentado por la defensa; declarar nuevamente reincidente a Diego Ignacio Naya Peralta (artículo 50 del Código Penal) y tener presente el planteo de inconstitucionalidad respecto del art. 14, CP realizado por la defensa.

II. Contra dicha resolución, la defensa oficial de Diego Ignacio Naya Peralta, representada por la defensora oficial, Marina Soberano, interpuso recurso de casación a fs. 337/363, el cual fue oportunamente concedido (cfr. fs. 364), y mantenido a fs. 368, según lo dispone el art. 464 del CPPN.

Cómo primer agravio, el impugnante señaló que la sentencia resultaba arbitraria por poseer una fundamentación aparente con respecto a la valoración de los hechos y de la prueba, especialmente, en cuanto condujo a la aplicación de la agravante prevista en el art. 80, inc. 7, CP.

En tal sentido señaló que una correcta valoración de las probanzas colectadas en la causa permitía sostener una versión de los hechos, conforme a la cual, Diego Ignacio Naya Peralta habría ingresado al “Solarium Buenos Aires” con fines de robar. En ese momento habría sido sorprendido por el damnificado, quien se le habría abalanzado encima, comenzado, de esa forma, un forcejeo. Además, habrían participado de la lucha clientes del local quienes, junto con el damnificado, habrían golpeado a su asistido con distintos objetos.

Además, afirmó que, en el contexto en que se desarrollaron los hechos el proferir amenazas y de provocar lesiones no bastaba para inferir un dolo homicida. Añadió que no era posible afirmar que Naya Peralta seleccionó las zonas vitales del cuerpo de la víctima y que la intención de su asistido no era la de matar, sino la de retirarse del lugar.

Asimismo, destacó que la dueña del local le ofreció dinero a su defendido, por lo que no podía afirmarse que su asistido tuvo la ultra intención de matar por no haber logrado el fin propuesto al intentar el robo.

En atención a ello, aseveró que correspondía casar la sentencia recurrida y calificar el hecho como robo en grado de tentativa. En forma subsidiaria, propuso que se califique el hecho como robo con armas en concurso con tentativa de homicidio simple.

En segundo término –para el caso de que esta cámara considere que el hecho se subsume dentro del delito de homicidio *crimis causae*– planteó la inconstitucionalidad del art. 80, inc. 7, CP. En lo sustancial, señaló que dicha norma resultaba violatoria de los principios de culpabilidad y de derecho penal de acto.

En tercer término, sostuvo que, el cuchillo utilizado por Diego Naya Peralta no se encontraba comprendido dentro del concepto de arma, de modo que, en este caso concreto, no resultaba aplicable la agravante del inc. 2 del art. 166, CP. Afirmó que al considerar como arma un elemento que el legislador no contempló como tal (cfr. ley 20.429) la decisión impugnada vulneraba los principios de máxima taxatividad y de legalidad.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

Como cuarto agravio, sostuvo que la sentencia resultaba arbitraria por no considerar atenuantes que tanto esa parte como el representante del Ministerio Público Fiscal consideró al momento de alegar, especialmente, las lesiones que recibió su asistido producto de la contienda y mencionó una serie de elementos atenuantes que, a criterio de esa parte, resultarían aplicables en caso de cambiarse la calificación jurídica asignada a los hechos por el tribunal sentenciante.

Por otro lado, sostuvo que el tribunal omitió dar una respuesta adecuada a los argumentos presentados por la defensa respecto de la inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50, ambos del CP. Además, afirmó que dichos preceptos legales resultaban inconstitucionales por vulnerar los principios de derecho penal de acto; de culpabilidad y de resocialización (arts. 18 y 19, CN, art. 11, apartado 2º, Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 5 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Por último, planteó la inconstitucionalidad del segundo supuesto del art. 14, CP en tanto impide acceder, a quienes fueron condenados por el delito homicidio agravado en los términos del art. 80, inc. 7, al régimen de libertad condicional. Concretamente, mencionó que dicha norma resultaba violatoria de los principios de igualdad ante la ley (art. 16, CN), de racionalidad de los actos de gobierno (art. 1, CN) y de resocialización (art. 18, CN)

III. La Sala de Turno de esta Cámara asignó al recurso el trámite previsto en el art. 465 del CPPN.

IV. En el término de oficina, establecido en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del CPPN, la defensa particular, presentó un escrito por medio del cual profundizó los argumentos vertidos en el recurso de casación (cfr. fs. 1222/1230).

V. En la audiencia celebrada a tenor de los arts. 465 y 468 del Código Procesal Penal de la Nación, la defensa mantuvo en su totalidad los términos del recurso oportunamente presentado.

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

Y CONSIDERANDO

El juez Horacio L. Días dijo:

I. Inicialmente corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es definitiva; los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos establecidos por el art. 456 del CPPN (de conformidad con la sentencia “Casal” – Fallos 328:3399), y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual.

II. Resuelta la admisibilidad del recurso articulado, y previo a ingresar al tratamiento de los agravios traídos a estudio por el recurrente, es preciso recordar que el Tribunal tuvo por probado la materialidad de los hechos sujetos a análisis en los siguientes términos, a saber que: *“el pasado 7 de enero de 2015, a eso de las 19:30 hs. Diego Ignacio Naya Peralta intentó dar muerte a Mauricio Antonio Martínez, mientras ejecutaba un delito de robo que intentó cometer en el interior del local “Solarium Buenos Aires” de propiedad de Marysol Alexandra Arias (novia de Martínez), sito en avellaneda n° 2710 de esta ciudad, al ver frustrado el hecho por la resistencia puesta de manifiesto por el anterior.*

En dicha ocasión Naya Peralta logró franquear el acceso al comercio bajo el pretexto de averiguar lo concerniente al servicio de “pilates” que allí se impartía –que en teoría era para su mujer– y una vez en su interior fue atendido por Marysol Alexandra Arias ocasión en la que extrajo de entre sus ropas un cuchillo de regulares dimensiones que le colocó a Martínez a la altura de la garganta, a la vez que le exigió la entrega del dinero del local.

Trabados en lucha ante la resistencia del segundo y producto del forcejeo, Martínez recibió un puntazo en el estómago –del lado derecho–, lo que no impidió que siguieran tomados, desplazándose por distintos lugares del salón por espacio de ocho a diez minutos, durante el cual la víctima recibió otras heridas de consideración en diversas partes del cuerpo, como ser en la cabeza, en la región cervical, en el pecho –pectoral mayor izquierdo– y en los brazos –tercio superior, cara anterior del brazo izquierdo tercio e inferior; al tiempo que le decía que lo iba a matar, así como también, que iba a volver con toda su familia y que también la iba a matar a su novia.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

De igual manera que, en un momento dado, Marysol Alexandra Arias le ofreció el dinero que había en el local para que cesara en sus agresiones, lo que no dio resultado positivo dado que Naya Peralta continuó con su empeño de eliminar a Martínez quien, durante la lucha consiguió clavarle su propio cuchillo en la pierna derecha, tratando de retenerlo hasta la llegada del personal policial que había sido convocado en su auxilio que, en definitiva, dispuso lo necesario para la atención de los heridos y la detención del delincuente.”

III. Aclarado ese extremo, es el turno ahora de adentrarme en el tratamiento de los agravios que fueron introducidos por la defensa técnica del condenado, mediante el respectivo recurso de casación.

Tal como se indicó en las resultas, el impugnante sostuvo que la fundamentación efectuada en la sentencia respecto de la aplicación del agravante del delito de homicidio prevista en el inc. 7 del art. 80, CP resultaba aparente y contradictoria.

Puntualmente, sostuvo que a fin de aplicar la figura agravada, en función de “no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito”, el tribunal de juicio seleccionó determinados tramos de las declaraciones de los damnificados omitiendo evaluar aquellos que favorecerían a esa parte.

Remarcó la diferencia entre evaluar el suceso de la manera propuesta por la defensa: esto es, como un forcejeo en un contexto en el que la víctima se arrojó encima del imputado; y abonar la versión de los hechos relatada por Martínez, según la cual al ponerse de frente al imputado habría dado un paso para atrás y levantado las manos, siendo en ese momento en el que habría sido apuñalado por el imputado.

Puntualizó que el damnificado no logró explicar la secuencia con claridad y que al declarar en sede de instrucción no mencionó el momento en que habría levantado las manos. Además, destacó que Marysol Alexandra Arias no observó esa circunstancia ni el instante en el que su asistido habría apuñalado a Martínez en el abdomen.

Señaló que el informe del Cuerpo Médico Forense revelaba que las lesiones que sufrió el damnificado fueron de carácter leve y que de ese no surgía que se hayan producido en zonas vitales. Por ello, expresó que la consideración efectuada en la sentencia, en punto a que

Naya Peralta había seleccionado las zonas vitales del cuerpo de Martínez para efectuar los puntazos, podía sostenerse tomando en cuenta exclusivamente el testimonio de Martínez y omitiendo valorar la declaración de Arias, quien no habría observado el momento en que se produjo el primer apuñalamiento. En igual sentido, argumentó que en una contienda en que el asaltante se ve sorprendido por la reacción del damnificado no podía sostenerse que aquél eligió apuñarlo en una zona vital.

Asimismo, afirmó que el solo hecho de proferir amenazas y provocar lesiones, en un contexto en el que con motivo de un intento de robo se produjo un forcejeo entre la víctima y el agresor, no resultaba suficiente para inferir una intención homicida. También sostuvo que lo expresado por su asistido “*perdí, perdí, déjeme salir*” revelaba que no tenía intención de matar sino simplemente de retirarse del lugar y agregó que ello fue lo que lo motivó, en el momento del hecho, a manifestar que sus compañeros se encontraban afuera del local.

En este orden de ideas, precisó que la sentencia postuló una versión parcializada de los hechos, soslayando que la víctima se resistió al robo, que el acusado quería retirarse del lugar y que no lastimó a nadie más; y afirmó que, en este el caso, el tribunal de mérito escogió la calificación legal y luego intentó encajar los hechos y las pruebas en ella.

Señaló que la decisión impugnada resultaba contradictoria en tanto, sostenía, por un lado, que su asistido habría intentado dar muerte a Martínez por no haber logrado el fin propuesto y, por el otro, afirmaba que tenía el dinero a su disposición. Explicó que si efectivamente logró el fin propuesto no podía endilgársele el homicidio con la conexión causal en cuestión; pues no podía sustentarse la ultra intención basada en la frustración por no haber logrado el fin propuesto, y afirmarse, al mismo tiempo, que sí lo consiguió.

Destacó que a diferencia de lo señalado por Martínez y Arias, en punto a que el primero se encontraba sentado de espaldas a la puerta cuando entró su asistido, Naya Peralta manifestó que fue sorprendido por el primero, quien se le tiró encima y así comenzó el forcejeo. Indicó que si bien la declaración de los damnificados eran dos, y la de su

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

defendido una, Naya Peralta no tenía nada que ocultar mientras que los denunciados habían intentado justificar su exagerada defensa agregando el detalle de que su asistido tomó a Martínez del cuello y le apoyó el cuchillo.

Precisó que la versión de los hechos sostenida por esa parte, en cuanto a que tras la aparición de Martínez comenzó el forcejeo entre los nombrados, se asemejaba más al relato brindado por Arias en sede de instrucción y a la declaración del ayudante García, quien señaló que los damnificados le relataron que Naya Peralta le exhibió un cuchillo a Arias y que en ese momento apreció Martínez –quien se encontraba en la parte trasera del local comercial– y se trabó en lucha con su asistido. Afirmó que la versión desarrollada por esa parte resulta más verosímil, no sólo porque coincidía con lo manifestado por su asistido, sino también porque resulta más probable que aquél haya ingresado al local comercial cuando la joven se encontraba sola.

Remarcó que Naya Peralta estuvo en terapia intensiva, con respirador artificial y coma inducido en virtud de las lesiones sufridas con motivo de la contienda. Preciso que tuvo un traumatismo de cráneo –que coincidía con el golpe que manifestó haber recibido con un matafuego– y una lesión en la arteria aorta abdominal; y detalló el resto de las lesiones señaladas por el informe elaborado por el Cuerpo Médico Forense.

Consideró que no resultaba verosímil que los clientes del local no hayan intervenido en la contienda sino hasta el momento en que Martínez redujo a su asistido. Explicó que siendo Moreno socio del damnificado no era esperable que lo haya dejado combatiendo sólo y afirmó que el hecho de que Sánchez se haya cortado con vidrios sólo se explicaba si aquel estuvo situado en el lugar en que se desarrolló la contienda.

En virtud de lo expuesto, insistió en que Naya Peralta no tenía intención de matar por ver frustrado su objetivo de robar sino que se vio inmerso en la lucha originada por el damnificado, quien habría actuado en la defensa de sus bienes; y concluyó que las víctimas efectuaron un relato exagerado de los acontecimientos –intentando

demostrar un ataque contra la vida de Martínez— porque su asistido estuvo “al filo de la muerte”.

Por tales motivos, solicitó que se case la decisión impugnada en cuanto calificó los hechos como homicidio *criminis causae* en concurso ideal con robo agravado por el uso de armas, en grado de tentativa, y se califiquen los hechos como robo simple, atento a que las lesiones leves quedarían absorbidas por la violencia propia de la figura mencionada.

Aun en el caso de que esta cámara considere que efectivamente existió una tentativa de homicidio, afirmó que no era posible subsumir los hechos en el tipo penal del art. 80, inc. 7, CP. En lo sustancial, refirió que no se acreditó la conexión subjetiva requerida por la norma citada. Destacó que su asistido no subestimó el valor del bien jurídico tutelado, pues no intentado el homicidio por no haber logrado concretar el robo, sino que procuró defenderse de la reacción del damnificado y de los clientes del local.

A este respecto, cito en apoyo precedentes de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y de la Cámara Federal de Casación Penal, destacando que la ausencia de elementos concluyentes respecto de la conexión ideológica entre ambas figuras, conduce a descartar la aplicación del agravante en cuestión.

Afirmó que el *a quo* efectuó una interpretación analógica en perjuicio del acusado al no diferenciar la violencia física producto del robo de la supuesta intención homicida, motivada en no haber logrado el fin propuesto al cometer el otro delito. Consideró que ello importó la afectación de los principios de máxima taxatividad, racionalidad de los actos de gobierno y el *in dubio pro reo*.

Así las cosas, estimó que, en el peor de los casos, la tentativa de robo debía concurrir con la tentativa de homicidio simple y recordó que, en caso de duda, correspondía adoptar la calificación legal más favorable al acusado.

En el escrito presentado en términos de oficina el recurrente ordenó y profundizó sus argumentos. En primer término, reiteró que no se encontraba acreditada la intención homicida por parte de Naya Peralta y, en tal sentido, alegó que las lesiones se encontraban contempladas por

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

la violencia propia de la figura del art. 166, CP. Consideró que, en este caso, la errónea valoración de la prueba condujo a una errónea aplicación de la ley penal.

Afirmó que la decisión recurrida le restó relevancia al problema dogmático relativo a la complejidad de distinguir, en el caso, una conducta dirigida a matar (art. 79), de la encaminada a lesionar la integridad física (art. 89) o a poner en peligro la vida del ofendido (art. 90). Reiteró que las heridas sufridas por Martínez no tenían ni la profundidad ni la entidad suficiente como para afirmar que se puso en peligro su vida y destacó que la primera lesión que sufrió no se produjo en una zona vital y que las demás fueron producto del forcejeo, de las caídas y de los empujones.

En este orden de ideas, precisó que la superficialidad de las lesiones resultaba incompatible con el propósito de arremeter contra vida del damnificado y que la escasa profundidad no podía explicarse por la falta de idoneidad del objeto empleado, siendo que tampoco se correspondía con la agresividad relatada por los testigos. Por ello, añadió que la exageración de los relatos brindados por los damnificados podía explicarse por los nervios y por la tensión emocional vivida por aquellos en ese momento.

Agregó que si bien las heridas en el pecho eran las más peligrosas, su escasa profundidad era incompatible con la versión dada por Martínez, esto es, que se produjeron en un momento en el que el acusado arremetió en forma libre, tras cambiar el cuchillo de mano.

Sostuvo que la expresión “*te mato, te mato*” no se condecía con la escasa profundidad de las lesiones y que podría haber estado encaminada a intimidar al damnificado, de modo que le permitiera hacerse del dinero y retirarse del lugar.

En función de lo expuesto, consideró que la idoneidad del medio empleado o la zona del cuerpo atacada, resultan de poco valor indiciario si la fuerza del ataque devela un propósito ajeno al de crear un riesgo al bien jurídico vida. Así, consideró que no podía sustentarse la existencia de una intención homicida si las circunstancias de modo tiempo y lugar la ponían en duda.

Finalmente, en cuanto a la aplicación del agravante del art. 80, inc. 7, CP el recurrente citó el precedente **“Paulides”** de la sala II de esta Cámara. Sostuvo que en este caso, como en el citado, la sentencia sostuvo la conexión final entre el intento de robo y el de homicidio con meras afirmaciones dogmáticas. En tal sentido, precisó que la decisión cuestionada sólo expresó argumentos relacionados con el dolo homicida y no con la ultraintención requerida para la configuración del tipo penal en cuestión. Agrego que la relación causal entre el robo y el homicidio es sólo un presupuesto para la aplicación del agravante, pero no permite asumir la existencia del componente subjetivo allí contemplado.

IV. Sentado todo lo expuesto, observo que, a los efectos de abordar adecuadamente el planteo de la defensa, es preciso efectuar ciertas aclaraciones iniciales.

Lo que se encuentra discutido en el primer agravio, titulado *“errónea aplicación del inc. 7 del art. 80. Arbitrariedad de la sentencia, fundamentación aparente. Violación al derecho de defensa en juicio, el principio de inocencia y el principio de legalidad”* son tres cuestiones, a saber: a) la valoración de los hechos y de las pruebas en un sentido general b) la valoración de los hechos y de la prueba efectuada por el tribunal de juicio para concluir en la existencia de la intención homicida por parte del acusado y –en forma subsidiaria– c) la valoración de los hechos y de la prueba efectuada en la sentencia recurrida para afirmar la existencia de la ultra intención, en función de *“no haber logrado el fin propuesto al cometer otro delito”* requerida para la aplicación del agravante prevista en el art. 80, inciso 7, CP.

Por lo expuesto –a pesar del desorden con que se encuentra planteado este agravio– entiendo que la forma más clara de abordarlo es comenzar por analizar aquellos argumentos destinados a cuestionar la plataforma fáctica del episodio objeto de análisis, pues de ello dependerá su correcto encuadre legal.

1) La valoración de los hechos y de la prueba

a) De las afirmaciones efectuadas por la recurrente en la pieza impugnativa bajo estudio y que fueron resumidos precedentemente se advierte que, para esa parte, los hechos objeto de análisis habrían

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

ocurrido de una forma que podría sintetizarse del siguiente modo, a saber: que el 7 de enero de 2015 Diego Ignacio Naya Peralta ingresó al local “Solarium Buenos Aires” con la intención de robar tras advertir que su dueña se encontraba sola. En ese momento habría aparecido Martínez, quien a los efectos de evitar el asalto se habría abalanzado sobre el imputado, trabándose ambos en una lucha que culminó con su asistido gravemente lesionado. Al damnificado lo habrían auxiliado dos clientes del local, quienes también habrían golpeado a su asistido mientras que Naya Peralta sólo habría intentado resistir el ataque de ellos.

A los efectos de sustentar esa hipótesis, el impugnante se concentró en criticar la valoración de los testimonios de los damnificados efectuada por el tribunal de juicio, aduciendo que la sentencia impugnada realizó un examen parcializado y arbitrario.

Por ello, y dada la relevancia de las declaraciones de Mauricio Martínez y de Marisol Alexandra Arias –únicos testigos de todo el episodio– será necesario, para responder adecuadamente a tales argumentos, repasar los aspectos centrales de sus declaraciones.

En lo que aquí interesa Martínez explicó que el día del hecho se encontraba conversando con su pareja, Marysol Arias, en el local “Solarium Buenos Aires” de propiedad de la nombrada cuando ingresó el acusado. Puntualmente explicó que su pareja le abrió la puerta y que tras ello *“él me tomó por la espalda, y me iba a poner un cuchillo en el cuello. Yo en ese momento cuando vi la expresión de ella de susto giré para el costado para ver qué pasaba y le agarré la mano para que no me ponga el cuchillo en el cuello y me puse de frente a él. Le dije bueno listo ya está que quería, y me dijo no, te mato, te mato te mato y yo tratando de esquivar me tira un cuchillazo en el abdomen.”*

A preguntas del fiscal aclaró que *“me iba a poner el cuchillo al cuello, dijo dame la plata. Yo me puse de frente a él, para tratar de ver la situación, y ahí se olvidó de la plata y dijo te mato, te mato, te mato, y lo primero que atinó fue a tirarme un cuchillazo en la panza.”*

Consultado nuevamente respecto de la secuencia inicial explicó que *“cuando me lo va a apoyar en el cuello lo primero que atino es a correrme y agarrarle la mano, y agarrándole la mano me pongo de frente a él, para*

tratar de ver la situación. Cuando veo que tiene el cuchillo, digo bueno ya está, me corro para atrás, y digo ya está, ya está [en ese momento el testigo hace un gesto como levantando las manos] y ahí no que ya está que ya está, te mato, te mato, y lo primero que hizo, me clavó un cuchillo acá. [señala la zona del abdomen]”

En virtud de ello, el fiscal le consultó si retrocedió un paso y el damnificado contestó *“Yo me había ido para atrás como ingresando al local”* y aclaró que *“La primera puñalada que recibo es la del costado y después de ahí yo me abalanzo encima de él también y empezamos un forcejeo y siempre tratando de agarrarle las manos para detener el cuchillo.”*

A su vez, mencionó que además de la herida en el abdomen, el imputado le produjo dos heridas en el pecho, en la zona del corazón. Puntualizó que *“cuando intento agarrar el cuchillo, lo tomo del filo, él se lo cambió de mano, y cuando se lo cambio de mano me tiró directamente al pecho”*. Añadió que en ese momento el acusado le manifestaba *“te mato, te mato, te mato, hijo de puta, te mato, te mato, te mato”*.

Explicó que a pesar de que su pareja le ofreció dinero y le pidió que se retire continuaron forcejando. Especificó que *“también en ese momento me tiraba y yo agachaba la cabeza y el cuchillo me iba a la cabeza. Yo sentía que tenía el cuchillo clavado en el medio, pero se ve que lo que eran los cortes que me daba (...) cuatro cortes tuve en la cabeza”*

Recordó que cayeron en el piso, y que el acusado quedó abajo. Señaló que *“desde el piso me intenta tirar otro cuchillo hacia el cuerpo y yo le agarré la mano, me fui para debajo de él”*; y a preguntas del fiscal explicó que él le clavó el cuchillo en la pierna. Añadió que *“desde el piso decía ahora a viene mi compañero y los va a cagar a tiros, los va a matar a todos, está en la puerta”* y explicó que por ello un cliente cerró la puerta con llave.

Precisó que el acusado expresó iba volver; que su familia los iba a matar; que estaba con la policía; que tenía la zona liberada; que entraba y salía cunado quería, y ello a la vez que repetía que estaba su compañero en la puerta. Agregó que uno de los clientes lo ayudó a reducir al imputado; que el dinero quedó en el local; que producto del episodio tuvo un corte de nueve puntos en el brazo; que el acontecimiento duró alrededor de ocho minutos; que le efectuaron

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

dieciocho puntos, aproximadamente, y que estuvo internado dos meses con tratamiento para el HIV.

Consultado por tercera vez, respecto del tramo inicial del episodio, refirió que *“la plata se la pide a mi mujer, a mí me toma como de rebén al momento, pero al instante cuando me va a tomar el cuchillo en el cuello mi primera reacción al ver que se me viene algo encima es ponerme de frente para ver qué pasaba...”* y agrega que *“Es un segundo el dame la plata, agarrarle la mano (...) él me pone el brazo en el cuchillo cuando me va a poner el cuchillo le dice dame la plata, yo le tomo la mano”*.

Interrogado respecto del momento en que se habría puesto de frente y levantado las manos expresa que *“es una cuestión de que cuando yo veo el arma trato de frenar, cuando el inicia hacia a mí, una vez de estar lesionado, empiezo a atacar porque estaba en riesgo mi vida”*. Frente a las preguntas de la defensa, acerca de si la secuencia es la relatada en la audiencia contestó *“sino, no empiezo”*. Por último, contestó que cuando ingresó el acusado él se encontraba sentado en una silla.

Por su parte, Marysol Alexandra Arias explicó que *“Tengo un local, donde tengo un escritorio en frente de la puerta de vidrio, donde veo quien puede entrar y no; lo tengo cerrado con llave. En ese momento estaba hablando con mi novio, que el estaba sentado de espaldas a la puerta, me tocan la puerta, un chico vestido de equipo de gimnasia, le abrí igual. Abrí la puerta le dije que necesitaba, me dijo vengo por pilates. Yo tengo solarium y pilates. Me quede mirando como diciendo ¿qué? Me dice no, no, es para mí mujer. No es la primera vez que un hombre me dice eso. Dije bueno, abrí la puerta, no la cerré, di vuelta por el escritorio, cuando voy a agarrar un papel para anotarle los precios y todo lo que se hace, veo que se levanta la remera ahí lo miro y digo hay dios mío, mi novio mira para atrás, ya tenía el cuchillo en la mano, mi novio lo que hace es agarrarle el cuchillo y ponerse de frente al tipo. No llegó a pedirme nada. Cuando quedan de frente mi novio le dijo bueno bueno ya está, bueno dame la dame la plata, pero listo, listo, listo, el tipo agarró y le dijo ahora no y empezaron a forcejear.”*

Agregó *“fui a buscar la plata. Cuando volví ya lo había acuchillado en la parte derecha del abdomen. Le empecé a decir llévate la plata, toma la plata, le tiró la plata ya no me daba bola, era te mato te mato te mato. Explicó que*

“empezaron a forcejear sin parar. (...) nunca se soltaron y el tipo lo que hacía era tirar cuchillazos por todos lados”.

También comentó que fue a buscar a un policía y que cuando volvió el acusado refirió *“bueno ya está ya perdí, déjame salir, tengo arreglado todo con la policía, yo entro y salgo, va a entrar mi compañero y los va a matar a todos”* y que en ese momento uno de los clientes salió corriendo a cerrar la puerta con llave.

Interrogada respecto del primer tramo del hecho refirió que *“después de sacar el cuchillo, dijo dame la plata y quiso agarrar a mi novio por el cuello”*. El fiscal, entonces, le consultó si la secuencia fue que sacó el cuchillo, le pidió la plata, y después le quiso agarrar a su novio del cuello, respondió *“sí, exactamente”*.

Preguntada respecto de si su pareja levantó las manos o hizo algún movimiento respondió *“cuando el agarra el cuchillo, porque ve que tiene un cuchillo acá –señala hacia el costado– agarra el cuchillo, se da vuelta, y ahí si lo quiere soltar [hace un gesto como levantando las manos] diciéndole ya está, bueno ahora sí, pedí lo que quieras, y no, él le dijo que no”*. Expresó que *“ahí directamente le tiró el cuchillo y le volvió a agarrar la mano mi novio y ahí empezaron a forcejear sin parar hasta que le dio el cuchillazo en la”* [señala la zona del abdomen]. Específicamente se le consultó si vio el momento en que su pareja recibió aquella cuchillada y respondió que sí, que *“yo venía corriendo con la plata y se la dio”*. Finalmente mencionó que durante el forcejeo el imputado expresaba *“ahora te mato”*

La reseña efectuada revela que los testimonios de los damnificados resultan coherentes, contundentes y suficientemente detallados. Además, resultan coincidentes en cuanto a: a) la posición en que se encontraban cuando el acusado ingresó al local b) que aquél extrajo un cuchillo c) que intentó ponerlo en el cuello de Martínez al tiempo que exigía la entrega de dinero d) que en ese momento, este último se dio vuelta y le agarró la mano a Naya Peralta e) que al ponerse de frente Martínez hizo un gesto, por el que expresaba su predisposición al pedido de su atacante f) que el asaltante hizo caso omiso a ello y expresó *“te mato”* en reiteradas oportunidades, al tiempo que empuñó el cuchillo contra Martínez g) que el primer cuchillazo que recibió Martínez

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

fue en el abdomen h) que el nombrado logró reducirlo y que al final lo auxilió uno de los clientes del local i) que en ese momento el imputado expresaba que tenía la zona liberada; que entraba y salía cuando quería; que iba a entrar su compañero y los iba a matar.

Por otro lado, se observa que sus testimonios se encuentran avalados por lo expresado en los informes elaborados por el Cuerpo Médico Forense sobre Martínez y Naya Peralta.

En efecto, en el informe elaborado sobre el primero se indicó que obtuvo *“producto de un elemento que ha actuado por su punta y/o filo”* una herida suturada de 2,5 cm aproximadamente en el flanco derecho; 2 equimosis en flanco derecho; una herida suturada de 2.5 cm aproximadamente en el pectoral mayor izquierdo; equimosis en pectoral mayor izquierdo; 2 heridas suturadas de 6 cm y 2 cm aproximadamente en tercio superior cara anterior de brazo izquierdo; equimosis en tercio inferior de brazo izquierdo; excoriaciones en cara palmar de mano izquierda; excoriación en región parietal izquierda y excoriación en región cervical posterior.

Por su parte, los informes de fs. 24 y fs. 64/65 elaborados sobre Naya Peralta dan cuenta de que el nombrado sufrió una *“arteriorrafia femoral superficial izquierda”* producto de una herida con un *“arma blanca”*. Además, el informe del Cuerpo Médico Forense refleja que las lesiones externas que presentaba el nombrado tenían una posibilidad de curación en un tiempo menor a un mes y en lo que atañe al mecanismo determinante de producción *“habría sido roce, golpe y/o choque con o contra superficie y/o elemento duro”*. (cfr. fs. 90/93)

De ello se advierte que el informe elaborado sobre el damnificado corrobora su relato en cuanto a que, recibió puñaladas en el abdomen, en el pecho y en los brazos. Además, el informe practicado sobre el acusado se condice con lo manifestado por Martínez en punto a que le habría proferido una herida en la pierna con el cuchillo. Las restantes heridas del imputado habrían sido provocadas por golpe/choque contra superficie y/o elemento duro.

A su vez, sus declaraciones se encuentran respaldadas por el resto de la prueba testimonial producida en el debate. En particular, por

las manifestaciones efectuadas por Marcela Alejandra Giri quien señaló que Marysol Arias le explicó que se encontraba en la recepción del local cuando un señor se acercó a consultar por las clases de pilates; que cuando se dio vuelta para buscar el horario, aquél sacó un cuchillo, que su novio quiso pararlo y que el masculino lo apuñaló. Además, encuentran apoyo en el relato brindado por Moreno, quien manifestó - con relación al tramo final del episodio- que cuando el imputado se encontraba en el piso gritaba que su compañero iba a enterar y matar a todos; y con lo relatado por Silvio Sánchez quien mencionó que la propietaria del lugar fue quien le comentó que estaban en la recepción y que entró un muchacho a querer robarles.

Todo lo hasta aquí expuesto revela que el análisis integral de las probanzas colectadas en el juicio corrobora el relato de los damnificados y permite descartar, punto por punto, la tesis presentada por la defensa.

b) El examen global de los elementos probatorios incorporados a la causa permite desechar lo afirmado por la recurrente en punto a que Martínez se encontraba en la parte trasera del local cuando ingresó el acusado. Es que si bien, aquello resulta compatible con lo manifestado por García, no sólo se contrapone con lo expresado por los damnificados, quienes aseguraron –tanto en el debate oral y público como en sus declaraciones efectuadas el día siguiente del hecho– que Martínez se encontraba sentado en una silla ubicada en la recepción, sino también con lo manifestado por Silvio Sánchez y Marcela Alejandra Giri quienes relataron que Arias les explicó que estaba en la recepción junto con su pareja cuando ingresó el acusado al local.

Así, lo sostenido por la defensa en cuanto a que resultaba “más creíble” que el imputado haya ingresado cuando la dueña se encontraba sola, resulta una mera conjetura, que ni si quiera haya sustento en el descargo del imputado y que, como se expuso, se contradice con el conjunto de la prueba. Por lo demás, el hecho de que Arias no se haya encontrado sola no quita que el acusado haya pensado que lo estaba –considerando que Martínez se encontraba sentado de

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

espaldas a la puerta— lo que también evidencia la escasa solidez de la argumentación presentada por el impugnante.

Tampoco se observa que el relato de Marysol Arias respalde, en forma alguna, la versión de la defensa, en particular, en cuanto a que Martínez apareció desde el fondo del local y se abalanzó sobre el imputado. En efecto —más allá de la omisión de la defensa de solicitar en juicio la lectura de la parte de la declaración inicial que ahora pretende hacer valer— lo cierto es que al declarar en sede de instrucción explicó, en forma conteste con lo expresado en el debate que, tras ingresar al local, el acusado *“extrajo de entre sus ropas un cuchillo, de gran tamaño, tomando su novio Mauricio a la altura de la garganta, exigiéndole el dinero que poseía. Es así que su pareja comenzó un forcejo con el masculino, momentos en que este le introdujo el cuchillo mencionado a su pareja en el estómago...”*.

Por otro lado, en cuanto a la alegación de que los damnificados exageraron su relato, introduciendo el detalle de que su asistido tomó a Martínez del cuello y le apoyó el cuchillo, corresponde precisar que de sus declaraciones se advierte que ambos relataron, tanto en forma espontánea como al ser consultados específicamente respecto de este tramo, y en reiteradas oportunidades, que Naya Peralta extrajo el cuchillo y lo colocó en el cuello de Martínez. Incluso, en este aspecto, el relato de aquellos resulta tan detallado que permite reconstruir perfectamente el momento ahora cuestionado.

En efecto, recuérdese que Marysol Arias mencionó, en forma espontánea, *“cuando voy a agarrar un papel para anotarle los precios y todo lo que se hace, veo que se levanta la remera ahí lo miro y digo hay dios mío, mi novio mira para atrás, ya tenía el cuchillo en la mano, mi novio lo que hace es agarrarle el cuchillo y ponerse de frente al tipo”*. En forma coincidente Mauricio Martínez expresó que *“él me tomó por la espalda, y me iba a poner un cuchillo en el cuello. Yo en ese momento cuando vi la expresión de ella de susto giré para el costado para ver qué pasaba y le agarré la mano para que no me ponga el cuchillo en el cuello y me puse de frente a él*. Además, en lo concerniente a este aspecto, las declaraciones de ambos en juicio resultan coincidentes con sus declaraciones anteriores.

La impugnante también cuestionó la existencia del momento relatado por Martínez, en el que al encontrarse de frente al acusado, habría hecho un gesto, levantado las manos. Concretamente, señaló que no lo había mencionado en la etapa de instrucción y que Marysol Arias no lo había visto.

Ahora bien, de la grabación audio visual del debate se advierte que Mauricio Martínez no hizo referencia a dicha circunstancia en forma espontánea, sino que, al explicar el tramo en que quedó de frente a su atacante y le consultó que quería, levantó las manos. Esa seña fue advertida por el representante del Ministerio Público Fiscal. Así, la circunstancia introducida en el debate en punto a que, al encontrarse frente a Naya Peralta, Martínez levantó las manos resulta una consecuencia natural de la inmediación del juicio oral y público, que no obsta, en forma alguna, a credibilidad de su testimonio.

Por lo demás, la grabación de la audiencia de juicio evidencia que, a diferencia de lo señalado por el recurrente, Arias efectivamente observó ese momento. En efecto, al ser consultada por el fiscal respecto de ello señaló que “...*agarra el cuchillo, se da vuelta, y ahí si lo quiere soltar [hace un gesto como levantando las manos] diciéndole ya está, bueno ahora sí, pedí lo que quieras, y no, él le dijo que no*”.

La recurrente también afirmó que Marysol Arias no habría visto el momento en que su asistido apuñaló a Mauricio Martínez en el abdomen. Nuevamente, yerra la defensa. La grabación audio visual del debate revela que, al ser consultada por el fiscal respecto de si vio ese momento afirmó que sí, y a continuación explicó “*yo venía corriendo con la plata y se la dio*”.

Además, el análisis probatorio permite descartar lo afirmado por la impugnante en punto a que la contienda habría comenzado porque Martínez –en defensa de los bienes– se habría abalanzado sobre el justiciable.

A este respecto, cabe recordar que los damnificados fueron contestes en cuanto a que tras ingresar al local el acusado intentó colocarle a Martínez el cuchillo en el cuello y en que, este último advirtió la situación, le agarró la mano al primero y se puso de frente a aquél.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

Además, ambos mencionaron que, en ese momento, Martínez intento ponerse a disposición del acusado consultándole qué quería, refiriéndole que “*ya está*” y que, a pesar de ello, Naya Peralta expresó “*te mato*” al tiempo que empuñó el cuchillo en contra del cuerpo de Martínez. De modo que, lejos de ser quien se resistió a la agresión, el acusado fue quien motivó la contienda.

Por otro lado, la evaluación de las probanzas colectadas conduce a descartar lo afirmado por la recurrente en punto a que los clientes del local participaron de la gresca y golpearon a su asistido. Ello así, pues tales afirmaciones no sólo se contraponen con el relato de los damnificados –quienes sostuvieron que Martínez recién recibió ayuda cuando habría logrado controlar a su atacante– sino también con lo manifestado por los propios clientes del local, los que negaron, en forma contundente, su participación en la contienda. Así, la alegación de que resultaba “más creíble” que Moreno haya ayudado a Martínez, por ser su socio, resulta una mera conjetura contraria a las pruebas producidas en la causa.

Además, lo afirmado por la defensa en punto a que los cortes que sufrió Sánchez sólo se explicarían si estuvo en el lugar de la pelea, no sólo soslaya completamente la declaración del nombrado, quien expresamente explicó que se cortó los pies apenas salió del cubículo en el que se encontraba tomando cama solar, sino que tampoco se compecede con las reglas de la lógica y de la experiencia, pues del hecho de que Sánchez se haya cortado los pies no se deduce necesariamente su participación en la contienda, especialmente, si se considera que, con motivo de la lucha, se rompió una mesa de vidrio. (Recuérdese que la mayoría de los testigos afirmaron que el lugar se encontraba rodeado de vidrios).

Finalmente, se observa que en el recurso de casación la defensa señaló que los damnificados “exageraron” su versión de los hechos porque su asistido estuvo “*al filo de la muerte*” mientras que en el término de oficina afirmó que la exageración del relato obedeció a que podía explicarse por los nervios y por la tensión emocional vivida por aquellos durante el suceso en cuestión.

Con respecto a ello, se advierte que es la propia recurrente la que, con la introducción de distintas variables para explicar un sólo fenómeno, pone al descubierto la debilidad de su argumentación. Igualmente, lo cierto es que ambas hipótesis son de fácil refutación, pues en el informe médico de fs. 90/93 se evidencia que Naya Peralta, sufrió como consecuencia del episodio lesiones que tenían una posibilidad de curación de menos de un mes. Ello permite desestimar, sin más, la primera hipótesis. Con respecto a la segunda, entiendo que el examen de las declaraciones de los damnificados y su cotejo con el resto de la prueba –tal y como se efectuó precedentemente– también permite descartarla. Especialmente si se considera el informe médico elaborado sobre Martínez –que revela que efectivamente sufrió las heridas que manifestó haber padecido como consecuencia del hecho– y los testimonios de quienes se encontraban en el local y dieron cuenta del estado devastador en que quedó, como también lo manifestado por Moreno en punto a que escuchó cuando Naya Peralta refirió que ingresaría su compañero y los mataría.

En definitiva, se observa que la tesis expuesta por la defensa, no sólo se basa, en gran medida, en meras conjeturas y especulaciones que carecen de respaldo probatorio alguno, sino que directamente se opone a la realidad que se impone como consecuencia del cotejo integral de las probanzas colectadas en la causa.

Así las cosas, en lo que hace a la plataforma fáctica del suceso bajo análisis entiendo que la parte recurrente no ha logrado desvirtuar la ocurrencia de los hechos como se los ha tenido por probados en la sentencia recurrida y que se corresponde con el examen de los hechos hasta aquí efectuado.

2) La valoración de la prueba respecto del dolo de homicidio

Aclarado ello, es posible adentrarse en aquellos planteos destinados a cuestionar la calificación legal asignada a los hechos por el tribunal de mérito, debiendo comenzar dicha tarea por el tratamiento de aquellos argumentos dirigidos a objetar la existencia del dolo homicida en cabeza de Naya Peralta.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

A tales efectos, entiendo necesario adelantar que, a mi modo de ver, la comprobación de la existencia de dicho elemento subjetivo exige recurrir a datos objetivos a partir de los cuales sea posible inferir la subjetividad del agente.

En esa dirección, se han considerado las circunstancias ponderadas por la jurisprudencia española para valorar el ánimo del autor y que entiendo que serán sumamente útiles para brindar una respuesta debidamente fundada al planteo de la impugnante. Entre tales circunstancias, Borja Mapelli destaca a) las relaciones que ligan al autor y la víctima; b) la personalidad del agresor; c) las actitudes e incidencias observadas o acaecidas en momentos precedentes del hecho, si mediaron actos provocativos, palabras insultantes, amenazas de males o porfía y repetición en su pronunciamiento; d) las manifestaciones de los intervinientes durante la contienda; e) las dimensiones y características del arma empleada y su idoneidad para matar y lesionar; f) el lugar o zona del cuerpo donde se dirigió la acción ofensiva, con apreciación de su vulnerabilidad y su carácter más o menos vital; g) la insistencia y reiteración de los actos atacantes h) la conducta posterior observada por el infractor.¹

En el caso bajo estudio, observo que la evaluación de los factores mencionados conduce a tener por acreditado el elemento subjetivo del delito previsto en el art. 79, CP; el que por la falta de configuración del resultado típico, ha quedado en grado de connato (41, CP).

En este aspecto, resulta de crucial relevancia el dato objetivo consistente en que las manifestaciones proferidas por el nombrado, especialmente “*hijo de puta te mato*” fueron efectuadas en forma concomitante con la acción del acusado de empuñar el cuchillo en contra del cuerpo de la víctima; pues, a mi entender, es el dato que refleja más fehaciente la voluntad homicida del imputado, y que permite descartar, de pleno, la hipótesis defensiva de que tanto las lesiones como las

¹ BORJA MAPELLI CAFFARENA, *Entre el homicidio y las lesiones*, NDP 1997 A, p. 147, en igual sentido, ver precedente “**Paulides**” Reg. n° 567/2015, Sala II, CNCCC)

amenazas se tratarían, meramente, de un medio utilizado para la comisión del delito de robo (ver letra c y d).

En esta línea de ideas, se ha sostenido que una forma de imputación imaginable concurre en aquellos supuestos en los que un sujeto exterioriza que cuenta con el conocimiento de determinados hechos o circunstancias en el momento de llevar a cabo una conducta típica. De modo que «si el sujeto ha exteriorizado que conoce A, debe serle imputado el conocimiento de A». Así se parte de la idea de que *“quien exterioriza un determinado conocimiento (¡que además es congruente con la realidad objetiva!) es porque lo posee y, de acuerdo con esta regla, le debe ser atribuido. El criterio que rige para estos casos puede expresarse así: los conocimientos exteriorizados por el sujeto durante la realización del hecho típico deben serle imputados. (...) en la medida en que exteriorización y realización típica coinciden en el tiempo.”*²

También resulta relevante la aptitud del elemento utilizado por el imputado para ocasionar el fin perseguido (ver letra e) y, en tal sentido, vale recordar que se trató de un cuchillo carnicero (ver. fs. 12) cuya idoneidad para producir el resultado lesivo no fue puesta en duda.

Asimismo, resulta de vital importancia para responder al interrogante planteado la consideración de las zonas en que Martínez resultó lesionado (ver letra f). Así, el dato de que recibió un primer puntazo en el estómago –costado derecho– que posteriormente recibió puñaladas en el pecho –en el pectoral mayor izquierdo– y que tras ello continuó siendo lesionado en diversas partes del cuerpo, incluyendo la cabeza, siendo todas ellas, como lo señaló la sentencia recurrida y lo reconoce la defensa, zonas vulnerables del cuerpo, robustece la conclusión a la que se arribó precedentemente.

La continuación del análisis de conformidad con los indicadores mencionados evidencia la intención homicida de Naya Peralta –además de por los elementos ya señalados– por la insistencia y la reiteración de las puñaladas (ver letra g), extremo de lo que da cuenta el informe médico de fs. 103/104. Dicha perseverancia en el ataque

² RAMÓN RAGUÉS I VALLÉS, el dolo y su prueba en el proceso penal, 1999, J.M Bosch editor, p. 411.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

revela que el imputado realizó todo lo que estaba a su alcance para terminar con la vida de Martínez, el que no culminó por voluntad propia sino hasta que la propia víctima logró controlarlo.

Por último, no puede soslayarse el contenido de las manifestaciones vertidas por el imputado cuando aquél se encontraba reducido (ver. letra h). En particular, en cuanto refería que iba a ingresar su compañero y los mataría a todos.

Todos estos elementos, adecuadamente ponderados en su conjunto, son suficientes para tener por acreditado el elemento subjetivo que reclama el tipo penal de homicidio. Es que, a criterio del suscripto, no hay dudas de que, quien tras ingresar a un local le coloca un cuchillo en el cuello a una de las personas que allí se encuentra, exigiéndole dinero y, al tenerla de frente, le manifiesta “te mato” al tiempo que empuña el cuchillo y lo dirige contra su cuerpo en reiteradas oportunidades, logrando lesionarla en zonas sensibles del cuerpo, tiene la intención de darle muerte.

De modo que, aun adoptando la noción más amplia del concepto de dolo, vale decir, aquella que lo define como conocimiento de los elementos que conforman el tipo objetivo y voluntad de su realización, las constancias rendidas en el debate dan cuenta inequívocamente de que Naya Peralta obró con dolo de homicidio

Dicho de otro modo, de conformidad con el análisis propuesto por Ramón Ragués I Vallés³ en el caso es posible afirmar que Naya Peralta llevó a cabo una conducta especialmente apta para producir la muerte de Martínez, siendo conocedor de esa peligrosidad y contando con un perfecto conocimiento situacional, todo lo que, a criterio del suscripto, permite en el caso dirigir contra el acusado una imputación dolosa en los términos del art. 79, CP.

Por lo demás, entiendo que las alegaciones de la defensa no logran rebatir la conclusión arribada en la sentencia, y que aquí se comparte, en punto a la existencia de la intención homicida en cabeza de Naya Peralta.

³ RAMÓN RAGUÉS I VALLÉS, ídem, p. 523

Se advierte que la recurrente pretende sustentar la ausencia de dicho elemento subjetivo por el carácter “leve” de las lesiones sufridas por el damnificado. Más allá de coincidir en este punto con lo expuesto en la resolución impugnada en cuanto a que ello resulta “*más producto de la fortuna que de la agresión concretada por el acusado*” lo cierto es que el carácter leve de las lesiones no quita el tenor del análisis efectuado anteriormente, especialmente, que las puñaladas fueron efectuadas en forma reiterada y acompañadas de la expresión clara “hijo de puta te mato”.

Conforme lo ya dicho, no puede sostenerse que quien empuña un cuchillo de las dimensiones del utilizado por Naya Peralta y lo dirige reiteradamente contra el cuerpo de una persona, logrando afectar zonas extremadamente vulnerables del cuerpo, no se haya representado que con esa conducta podía darle muerte, y ello, independientemente de la profundidad que haya alcanzado la lesión.

Tampoco puede considerarse, como lo hizo la defensa, que la expresión “*perdí, perdí, déjame salir*” manifestada por el imputado revele su ausencia de dolo homicida, y ello, no sólo porque para el momento en que la vertió el nombrado ya habría ejecutado todos los actos constitutivos de una tentativa que ya no estaba en condiciones de desistir, sino también porque dicha expresión fue acompañada de una serie de amenazas, que, en rigor de verdad, robustecen la conclusión que aquí se expone. Recuérdese que lo que Marysol Arias mencionó -que es aquello de lo cual se valió la defensa- fue que el imputado refirió “*bueno ya está ya perdí, déjame salir*” y a continuación “*tengo arreglado todo con la policía, yo entro y salgo, va a entrar mi compañero y los va a matar a todos*”.

Por lo demás, que la sentencia haya considerado que las lesiones se produjeron en el marco de un forcejeo, no permite desestimar, como pretende la recurrente, la intención homicida de Naya Peralta, que se revela desde el instante en el que empuñó el cuchillo contra el cuerpo del damnificado al tiempo que refiere reiteradamente “te mato”. A partir de ese momento ya existe un principio de ejecución del delito de homicidio, que es punible de conformidad con lo previsto en el art. 42, CP.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

Es que, el hecho de que Martínez haya logrado, por momentos, resistir el ataque, agarrándole la mano a su oponente, no puede resultar un argumento válido para negar la existencia del elemento subjetivo en cuestión y que ha sido acreditado con los elementos mencionados. Lo contrario implicaría afirmar que sólo existiría dolo homicida en el caso de que víctima no haya logrado evitar el daño, esto es, cuando efectivamente se haya producido el resultado, y conduciría a descartarlo si, por ejemplo, tras la amenaza seguida de la acción de dirigir el cuchillo contra el cuerpo de Martínez, el último lograra sustraerlo, o dicho elemento cayera, o un tercero lograra quitárselo.

Así las cosas, el accionar desplegado por el imputado, al atacar a Martínez en forma reiterada y en zonas corporales donde se alojan órganos vitales, con un elemento filocortante de grandes dimensiones como el que se incautó en autos resultó, en términos de probabilidad de resultado, plenamente apto para producir la muerte de la víctima, y más allá de su estado, no puede negarse que era consciente de que la muerte era una consecuencia posible y directa de su comportamiento.

En prieta síntesis, entiendo que el análisis hasta aquí expuesto permite descartar lo afirmado por el impugnante en cuanto a que las lesiones y las amenazas quedarían abarcadas por el dolo de robo; idea que se ve reforzada por el dato concluyente de que ni una ni otra fueron utilizadas como un medio para lograr el desapoderamiento ilegítimo y, en tal sentido, vale destacar que ni tras la expresión “te mato” ni luego de efectuar las puñaladas, el acusado volvió a requerir la entrega de dinero. A este respecto, también se observa que el acusado tuvo el dinero a su disposición inmediatamente después del inicio de la gresca, sin perjuicio de lo cual, continuó con su accionar. Advierto que en este aspecto, radica la cuestión central del caso, por lo que, sobre este punto, volveré al abordar los cuestionamientos a la aplicación del agravante del art. 80. inc. 7, CP.

Así las cosas, considero que el tribunal ha arribado a una conclusión fundada y lógica acerca del dolo homicida de Naya Peralta, que responde a una valoración objetiva y racional de los elementos de

prueba obrantes en autos, conforme al sistema de la sana crítica vigente en nuestro ordenamiento legal (art. 398, CPPN)

3) Sobre la tipicidad de la conducta

a) Planteo vinculado a la valoración de los hechos y de la prueba respecto del agravante del art. 80. inc. 7,CP.

I. Sentado todo lo expuesto, resta determinar si es posible aplicar el agravante del art. 80, inc. 7, CP. Para llevar adelante esta labor, entiendo imprescindible recordar aquí las palabras de Sebastián Soler para quien, la figura penal cuya aplicación cuestiona el recurrente es un **“homicidio causalmente conexo”**, en el cual **es preciso que se haya intentado un hecho punible, y “subjektivamente, este hecho debe estar impelido por el fracaso...** Por eso llamamos a este hecho, en sentido psicológico, causalmente conexo. **No se trata de venganza, dice Impallomeni, sino de resentimiento, de despecho por el fracaso, tanto si éste deriva de la propia torpeza como de la resistencia que la víctima opuso, p. ej., en el caso de una violación”** SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Guillermo J. Fierro actualizador, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 11ª reimpresión total, 1999/2000, ps. 47 y 48 (el destacado es propio).

Por otra parte, se ha dicho también que **“la conexión ideológica de causa *impulsiva* sucede cuando el autor mata *por no haber obtenido el resultado que se propuso al intentar el otro hecho punible* (art. 80, inc. 3º)...** La calificante exige, en este caso, que antes del homicidio se haya consumado o tentado otro delito. **La esencia de la mayor gravedad del hecho reside en el despecho del criminal por el fracaso de su anterior conducta delictiva.** La ley no toma en cuenta la frustración de cualquier conducta precedente, incluso la más cercana a la delincuencia, como es la actividad preparatoria de un delito. **El disgusto del ya delincuente lo impulsa a delinquir una vez más, matando: obra a raíz de otro delito, por motivo de él, pero no lo desea, sino que desea el homicidio.** Sustancialmente, como lo señala la letra de la ley, *–al intentar el otro hecho punible–*, la conexión impulsiva sólo pretende ampliar a posteriori el ámbito de la conexidad final, que siempre se liga a un objetivo delictuoso. **El homicidio es aquí, en sí mismo, el objeto**

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

del deseo del autor... El resultado cuyo fracaso motiva el homicidio es cualquier efecto y consecuencia del otro delito, consistente en la materialidad del delito mismo, o en algo que sigue al delito y está fuera de su *corpus*, sea que en el fracaso haya tenido intervención la víctima del homicidio o que no la haya tenido” (NÚÑEZ, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Tomo Tercero “Parte Especial”, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1961, ps. 53 y 54; nuevamente el resaltado no se encuentra en el texto original).

En términos bastantes similares a estos se pronuncian también FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV: “Parte especial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 109; y RAMOS, Juan, *Curso de Derecho Penal (segunda parte)*, compilado por Isauro P. Argüello y Pedro Frutos, Tomo V, 2º edición corregida y aumentada, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1943, ps. 73 a 75.

Las citas efectuadas precedentemente evidencian que, para los autores mencionados, la figura en cuestión requiere como elementos constitutivos –diferenciadores del homicidio en ocasión de robo (según el artículo 165 del CP) – una relación de conexidad causal entre el delito de robo y la muerte de una persona, la que se configura en razón de que el ilícito primeramente mencionado (esto es el robo) es materializado mediante una acción que comienza a ejecutarlo y que luego fracasa; permaneciendo así en grado de conato (cfr. el artículo 42 del CP), por ejemplo, en virtud de la propia resistencia opuesta por la víctima a tal conducta delictiva. Esta circunstancia, asimismo, es la que provoca un resentimiento en el autor que lo lleva a querer matar.

II. Aclaradas dichas nociones fundamentales, entiendo que la imposibilidad de aplicar el agravante en cuestión surge por dos motivos centrales. En primer lugar advierto que resultan acertados los argumentos invocados por el recurrente en cuanto a que pese a las referencias doctrinales y jurisprudenciales efectuadas en la sentencia atacada, el tribunal de juicio omitió explicar, concretamente, por qué, en el caso concreto, se configuraría el especial elemento subjetivo exigido por el art. 80, inc. 7, CP.

En este sentido, la afirmación de que “...a poco de iniciar su ejecución cambió la directriz y debido a que la intervención de Mauricio Antonio Martínez había puesto en crisis la viabilidad del atraco y al no haber logrado el fin que se había propuesto, decidió quitarle la vida para lo que lo apuñaló al menos ocho veces y en puntos sensibles del cuerpo...” no basta para demostrar la ultra intención aludida en el apartado anterior.

En efecto, tal como indicaron mis colegas Morin y Bruzzone, en el caso “**Paulides**” citado por el impugnante, la mera circunstancia de que exista, para el *a quo*, un intento de robo en el que la víctima opone resistencia y resulta lesionada, no alcanza por sí misma, para subsumir el hecho en la figura del art. 80 inc. 7, CP. Es indispensable para su aplicación, la corroboración de que el autor obró – además de con el dolo de matar– con la ultra finalidad causal exigida por la norma. Esto es, que el motor del intento de homicidio haya sido el resentimiento o la frustración provocada por el fracaso del primer delito.

Por ello, observo que, al igual que en el precedente invocado, la falta de demostración de ese elemento subjetivo distinto del dolo por parte del tribunal sentenciante, conduce a descartar, ya inicialmente, la calificación de homicidio *criminis causae* otorgada en la sentencia impugnada.

III. Sin perjuicio de ello, entiendo que en el caso concreto concurre un segundo motivo que me persuade de adoptar el temperamento indicado. Ello así, puesto que, a mi modo de ver, la secuencia de los hechos descripta en el acápite precedente y el estudio de la declaración de los testigos, impide afirmar que, para el momento en que Naya Peralta intentó el homicidio, se había frustrado el robo.

En efecto, si se examina con detención la declaración del damnificado se advierte que en la audiencia de debate oral y público indicó que al girar y encontrarse de frente a su atacante hizo un gesto –y en el debate lo reprodujo levantando las manos– y además manifestó que refirió algo como “*bueno listo, ya está, que quería*” –demostrando su disposición de los requerimientos del imputado– y narró que ante ello, el atacante expresó “no” y a continuación “*te mato, te mato, te mato*”. Además, dicha narración también se condice con la efectuada por Arias,

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

quien expresó que cuando su pareja agarró el cuchillo *“se da vuelta, y ahí si lo quiere soltar [hace un gesto como levantando las manos] diciéndole ya está, bueno ahora sí, pedí lo que quieras, y no, él le dijo que no”*.

Por otro lado, Martínez expresó que, tras ser atacado por Naya Peralta, se abalanzó sobre aquél, **porque sintió que estaba en riesgo su vida**. De modo que, desde mi punto de vista, es más preciso sostener que, en este caso, la resistencia del damnificado obedeció al ataque dirigido por el imputado contra su vida y no como una forma de evitar el desapoderamiento de los bienes del local.

Incluso, Martínez explicó que *“Yo me puse de frente a él, para tratar de ver la situación, y ahí se olvidó de la plata y dijo te mato, te mato, te mato, y lo primero que atinó fue a tirarme un cuchillazo en la panza”* y Arias mencionó que *“fui a buscar la plata. Cuando volví ya lo había acuchillado en la parte derecha del abdomen. Le empecé a decir llévate la plata, toma la plata, le tiró la plata ya no me daba bola, era te mato, te mato, te mato”*

Así las cosas, los damnificados manifestaron que a) al colocarse de frente al imputado, Martínez expresó, de alguna manera, que se ponía a disposición del acusado b) en ese momento Naya Peralta “se olvidó” del dinero y expresó “te mato” al tiempo que emprendió el ataque contra el nombrado c) Arias le ofreció dinero y le pidió que se retirara y, no obstante ello, el imputado continuó con la contienda d) en ese momento el imputado “se olvidó” del dinero.

En estas condiciones, entiendo que no puede sostenerse que Naya Peralta intentó el homicidio por el fracaso sufrido con respecto al intento de desapoderamiento ilegítimo. Y ello, esencialmente, porque al haber contado con el dinero a su disposición y no habiendo mediado una resistencia de las víctimas al robo, no puede aseverarse que, previo a la tentativa de homicidio, el robo había fracasado, de modo que ello haya sido lo que lo motivó al acusado a terminar con la vida de Martínez. Dicho en otras palabras, no es posible afirmar que el condenado intentó el segundo delito, como consecuencia del resentimiento producido por el fracaso del primero –esto, es la conexión causal requerida por el agravante– dado que no es posible sostener, que al producirse la

tentativa del segundo delito –tentativa de homicidio– había fracasado el primero –tentativa de robo–.

En definitiva, entiendo que una correcta valoración de las probanzas rendidas en el debate –ya analizadas en el apartado identificado con el n°1– permite concluir que el hecho debió calificarse como tentativa de homicidio en concurso con tentativa de robo con armas – de conformidad con lo expuesto con los apartados identificados con los n°2 y 3. En cuanto a la forma de concurso, entiendo que por aplicación del principio dispositivo debe mantenerse la forma el concurso de tipo ideal establecido en la sentencia. Respecto del agravante del art. 166, inc. 2, CP me expediré en el apartado siguiente, atento al orden de los agravios propuesto por la recurrente.

Por lo demás, cabe precisar que la calificación jurídica aquí esbozada torna inoficioso el tratamiento del agravio a la inconstitucionalidad del art. 80, inc. 7, CP identificado en la pieza impugnativa con la letra “b” y del planteo de inconstitucionalidad del art. 14, CP, segundo párrafo, primer supuesto, identificado en el recurso de casación con la letra “f”.

B) Agravio relativo a la errónea aplicación del art. 166, inc. 2, CP

I. Sentado ello, cabe abordar el tercer agravio invocado por la recurrente, vinculado con la errónea aplicación del agravante del robo por el uso de “armas” del inc. 2 del art. 166, CP.

Concretamente, la defensa afirmó que al considerar como arma un elemento que el legislador no contempló como tal (cfr. ley 20.429) la decisión impugnada vulneraba los principios de máxima taxatividad y de legalidad. Así, señaló que *“el cuchillo de cocina no es un arma blanca y, a su vez, las armas blancas no son consideradas “armas” por la ley nacional de armas”* y que *“la normativa se ciñe a las armas de fuego (disposición nro. 72/98; 81/98) al registro de armas químicas (904/98), etc, más nada regula ni contempla que un cuchillo de cocina nada ser reputado como arma.”*

Además, sostuvo que el concepto de arma impropia viola el principio de legalidad material al definir el concepto de arma a partir de la cualidad ofensiva omitiendo considerar el fin para el que el objeto fue

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

construido, lo que, a criterio de esa parte, importa una ampliación indebida del ámbito de punibilidad.

II. Previo al examen de este agravio, entiendo necesario aclarar que se advierte en la parte dispositiva de la sentencia recurrida un error material en tanto consignó que correspondía condenar a Naya Peralta “*en orden al delito de homicidio criminis causae en grado de tentativa, en concurso ideal con robo agravado por sido cometido mediante el uso de arma, en calidad de autor penalmente responsable*” pues se omitió precisar que, conforme se dispuso en la parte relativa a la calificación legal, el robo también ha quedado en grado de conato.

Sentado ello, en lo que hace al tratamiento del agravio, observo que al momento de alegar, la parte recurrente no ha cuestionado la aplicación de la agravante mencionada. En efecto, tal como se ha dejado sentado en el acta de la audiencia de debate la defensa solicitó que el hecho sea subsumido “*en el delito de robo con arma en grado de tentativa, subsidiariamente, como homicidio simple en concurso real con robo.*” (cfr. fs. 306vta.). Ello muestra, a mi entender, un actuar contradictorio de la defensa que pide en el juicio que los hechos sean calificados de un cierto modo y en la etapa recursiva se queja de su aplicación.

Sin perjuicio de ello, advierto que, en lo concerniente al fondo de la cuestión, resultan aplicables las consideraciones efectuadas en el precedente “**Aranda**”⁴ en el que indiqué concretamente que *arma* es tanto el objeto destinado a la defensa u ofensa, como el que, eventualmente, por su poder ofensivo, puede utilizarse con ese fin. Así, contrariamente a lo alegado por el recurrente, entiendo que por arma debe entenderse, en consecuencia, tanto aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona (v.gr. arma de fuego) como cualquier otro objeto que, sin tener esa aplicación, sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como medio contundente.

⁴ Causa CCC 58860/2013/TO1/CNC1, caratulada “*Aranda, Víctor Gastón y Barla, Leonel s/ robo de automotor o vehículo en la vía pública*” Reg. n° 546/2016.

En tal sentido, basta para su configuración con que el instrumento que se utiliza para cometer tal ilícito contra la propiedad aumente el poder ofensivo provocando en el sujeto pasivo un mayor peligro para su vida o para su integridad física; extremo que efectivamente se evidenció en el caso concreto.

Por lo expuesto, considero que corresponde confirmar la decisión del *a quo* en cuanto calificó al accionar del condenado como constitutivo de la tentativa del delito reprimido en el artículo 166 inciso 2º, CP.

4) Agravio relativo a la mensuración de la pena

I. Habiendo establecido la significación jurídica correspondiente a los hechos materia de análisis, corresponde adentrarse al tratamiento de aquellos agravios dirigidos a cuestionar el monto de pena impuesto.

Tal como surge del segundo párrafo del art. 44, CP en aquellos supuestos en los que el delito haya quedado en grado de tentativa y en que la pena prevista en el tipo penal es de prisión perpetua, la escala penal aplicable se compone por un mínimo de diez (10) y un máximo de quince (15) años de prisión. De modo que, la sentencia impugnada impuso el monto punitivo mínimo previsto legalmente para la calificación legal allí asignada.

Sin perjuicio de ello, el impugnante sostuvo que la mensuración de la pena resultaba arbitraria por no considerar, como un elemento atenuante, las lesiones que sufrió Naya Peralta producto de la contienda con Martínez. En tal sentido señaló que *“si bien es cierto que el Tribunal ha aplicado la pena mínima en función de la escala seleccionada habida cuenta la aplicación del art. 80, inc. 7 con la reducción del art. 44, CP (diez años) y por ende, tal omisión no habría ocasionado un perjuicio a esta parte, no es menos cierto que si se hiciera lugar a alguno de los planteos esta defensa (...) la atenuante debería ser ponderada además de las consideradas por el tribunal”*

También indicó que deberían ponderarse como atenuantes el haber asumido su responsabilidad en los hechos, que Naya Peralta es una persona joven, que posee una familia y trabajo en prisión y el haber

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

estado bajo efectos de sustancias psicoactivas al tiempo de la comisión del hecho.

II. Respecto al planteo de errónea mensuración de la pena, se advierte que la propia recurrente reconoce la falta de agravio del planteo. En efecto, no puede sostenerse la arbitrariedad de la sentencia ni su violación a principios constitucionales sobre la base de que omitió considerar un particular elemento atenuante cuando, al haber considerado otros igualmente relevantes, el *a quo* llegó a la conclusión de que correspondencia aplicar el mínimo de la escala penal correspondiente para el delito imputado. Es que, ello no quita que, de tener acogida favorable la propuesta de una calificación legal efectuada por la defensa, se puedan analizar, en esta instancia, elementos atenuantes que, por los motivos indicados, no fueron evaluados en la sentencia condenatoria.

Aclarado ello, corresponde analizar entonces la pena que corresponde aplicar en el caso concreto, considerando la nueva escala penal aplicable, en función del cambio de calificación propuesto.

La escala penal para los delitos de tentativa de homicidio simple (art. 79, CP) en concurso ideal con robo con armas tentado (art. 66, inc. 2, CP) comprende un mínimo de cuatro (4) años y un máximo de dieciséis (16) años y ocho (8) meses de prisión.

Si bien se advierte que la tentativa del delito de homicidio simple tiene un máximo mayor a la tentativa del homicidio agravado, lo que ha dado motivo a diversas discusiones doctrinarias, a los efectos de contestar este planteo bastará con analizar el caso, en función del tope máximo de diez (10) años de prisión impuesto en la sentencia recurrida y el mínimo de (4) cuatro años que surge de la escala penal aplicable.

Asimismo, de conformidad con los parámetros edificados en el precedente “Coniglio/Ausqui”⁵, a cuyo desarrollo me remito por razones de brevedad, se advierte que el hecho delictivo bajo examen no excede lo que se ha denominado “caso regular” de este tipo de criminalidad específica, por lo que, igualmente, a criterio del suscripto, la

⁵ (causa 2236/9, de fecha 16.4.2007, del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 21)

pena a imponer debería situarse en el tercio inferior de la escala correspondiente.

Sentado ello, en lo que hace a la graduación de la pena debe recordarse que “a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, **el sistema argentino** (al igual que el alemán) **se limita en las disposiciones relativas a la determinación de la pena a enumerar algunos de los posibles factores a tener en cuenta al fijar la pena, sin pretender agotarlos, y sin establecer de antemano si ellos configuran atenuantes o agravantes, y en qué medida agravan o atenúan la pena.** El juez no recibe ninguna directiva explícita que lo guíe en cuanto a cómo deben ser valorados esos factores. **Para determinarlo se deberá recurrir al caso concreto y orientarse a partir de otras pautas sistemáticas que permitan una interpretación coherente. Aquellas circunstancias cuya prefijación, por una u otra razón, al legislador le parece ineludible, se encuentran tipificadas en los tipos particulares como calificantes, y para ellas sí se determina en qué medida agravan o atenúan, a través de un marco especial particular. Las demás, imposibles de prever en su totalidad o en su peso, quedan «abiertas».** Esta técnica legislativa, lejos de ser criticable, **permite incorporar** en la determinación de la pena **numerosas circunstancias** que pueden resultar decisivas para una pena «individualizada» y **cuyo carácter atenuante o agravante sólo puede ser decidido frente a un hecho particular,** y que por su diversidad no pueden ser previstas eficientemente” (ZIFFER, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc editores, 2º edición inalterada, 1º reimpresión, Buenos Aires, 2005, ps. 100 y 101; el resaltado es propio).

Considerando ello, cabe comenzar por destacar que, en relación a los elementos agravantes, en la sentencia se indicó que no se advertía la existencia de agravantes dignos de mención “*ya que la magnitud del evento y la actuación del interesado ha obtenido debido encuadramiento en el propio hecho por el que ha transitado el cual, como se ha visto, posee una autonomía de significancia que impide dividirlo*”.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

De lo que se sigue que el *a quo* consideró que los elementos agravantes vinculados con la magnitud del evento y la actuación del condenado ya se encontraban abarcados en la calificación jurídica asignada en la resolución cuestionada. Ahora bien, con el cambio de calificación propuesto, vuelven a cobrar relevancia, especialmente, aquellos elementos vinculados a la magnitud del evento. En particular, los daños provocados en el local, las lesiones causadas a la víctima y la reiteración de puñaladas y amenazas, las que tuvieron la magnitud suficiente para conducir a los damnificados a cerrar el local durante unos meses y posteriormente a contratar seguridad privada para seguir trabajando; circunstancias consideradas en el alegato del Ministerio Público Fiscal.

Por otro lado, comparto las consideraciones de la defensa en cuanto a la consideración como atenuante de las lesiones sufridas por el acusado con motivo del hecho aquí juzgado, así como también lo mencionado por esa parte y por el *a quo*, en punto a su reconocimiento formal de parte de los hechos, su precaria situación familiar y económica, que formó un grupo familiar estable y que se encuentra trabajando en prisión

Sobre la base de las consideraciones efectuadas precedentemente, entiendo que en el caso debe aplicarse a Diego Naya Peralta la pena de seis (6) años y ocho (8) meses de prisión, por el delito de homicidio simple en grado de tentativa y robo agravado por el uso de arma, en grado de tentativa.

5) Planteo de inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 ambos del CP.

I. Por último, la recurrente sostuvo que los fundamentos invocados por el tribunal *a quo* para sostener la constitucionalidad de los arts. 14 y 50, CP resultaban insuficientes para contestar los argumentos formulados en el alegato de la defensa. Además, sostuvo que resultaban inconstitucionales por vulnerar los principios de derecho penal de acto; de culpabilidad y de resocialización (arts. 18 y 19, CN, art. 11, apartado 2º, Declaración Universal de Derechos Humanos y art. 5 y 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

II. Con respecto a la alegación efectuada por la defensa en punto a la falta de fundamentación de la sentencia en lo concerniente a la constitucionalidad de la reincidencia, entiendo que la sentencia se encuentra debidamente motivada, pues ha efectuado un recorrido histórico de los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y se ha referido a precedentes de ese tribunal en los que resolvió en igual sentido. En tal sentido, cabe destacar que la parte, no ha presentado, ni al momento de alegar ni en la pieza recursiva bajo análisis, argumentos nuevos que permitan superar lo decidido por la CSJN.

En relación con ello, y en cuanto al fondo de la cuestión, advierto que esta resulta sustancialmente análoga a la tratada en la causa “Olea” de la Sala 3 de esta cámara (CCC 1070/2006/TO1/1/CNC1, caratulada “Legajo de ejecución penal en autos Olea, Héctor Federico s/robo con armas”, resuelta con fecha 24 de junio de 2015 y registrada bajo el número 192/2015), por lo que me remito a la fundamentación allí desarrollada; en cuanto destaqué en dicha resolución que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), al fallar en el caso “Arévalo” (A. 558. XLVI, recurso de hecho “Arévalo, Martín Salomón s/causa 11.835”, fechada el día 27 de mayo de 2014), ratificó antigua jurisprudencia que sostenía la constitucionalidad del instituto de la reincidencia y su incidencia con lo previsto en el art. 14 del CP (así lo hizo mediante remisión a los precedentes “Gómez Dávalos” –*Fallos* 308:1938–, “L'Eveque” – *Fallos* 311:1451– y “Gramajo” –*Fallos* 329:3680–), ponderando asimismo el bloque constitucional incorporado en la reforma de nuestra Carta Magna Nacional acaecida en 1994 y sentando un *holding* que debe acatarse en la medida en que no se desarrollen nuevos argumentos que permitan dejarlo de lado.

III. Por otro lado, y en lo que respecta al planteo de inconstitucionalidad del primer párrafo del art. 14, CP comparto lo sostenido en la sentencia en punto a la ausencia de actualidad del agravio. En efecto, en el presente caso todavía no ha existido una concreta y real aplicación de la disposición contenida en el art. 14 del CP, por lo que mal puede sostenerse que exista siquiera aquí una “cuestión federal compleja”, desde el momento en que –a diferencia de lo

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

denunciado por la impugnante— no ha existido ningún menoscabo en la supremacía de la CN, toda vez que la decisión judicial aquí recurrida no ha hecho operativa la disposición del CP cuestionada y, por ende, tampoco se ha expedido siquiera sobre su eventual inconstitucionalidad.

De modo que corresponderá rechazar este pedido por entender que resulta ser prematuro; pues al no haberse aplicado aún la norma legal que aquí se denuncia como inconstitucional, **no existe agravio alguno para quienes precisamente plantearon esta cuestión** (cfr. CLARÍA OLMEDO, *op. cit.*, Tomo V: “La actividad procesal”, p. 546).

Es que a dicho extremo se arribará recién cuando la presente condena adquiera firmeza definitiva y, luego de ello, ya iniciada la correspondiente etapa de ejecución de la pena (fase final del procedimiento penal) se configuren los requisitos exigidos por los distintos cuerpos normativos (el CP y la LEP) para acceder a las diferentes salidas anticipadas al medio libre que se contemplan para quienes están cumpliendo una pena privativa de la libertad.

Y asimismo, esto será así, por supuesto, en el caso de que no se produzca una modificación o derogación del artículo en cuestión que pudieran llegar a cambiar inclusive los motivos de impugnación; gozando la parte, obviamente, de la facultad de interponer un nuevo recurso para el supuesto de que esta pretensión sea rechazada por la judicatura a cargo del control de la ejecución de la pena.

Que en mérito entonces a todos los argumentos previamente expuestos deben rechazarse los pedidos de inconstitucionalidad incoados.

6) Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación incoado por la defensa de Diego Ignacio Naya Peralta; casar el punto II de la sentencia recurrida y condenar al nombrado a la pena de seis (6) años y ocho (8) meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de homicidio, en grado de tentativa, en concurso ideal con el delito de robo con armas en grado de tentativa y rechazar el recurso de casación en lo que hace a los restantes

agravios, sin costas. (arts. 40, 41, 79, 166, inc.2, CP y 456 inc. 1° y 2°, 470, 471, 530 y 531, CPPN).

La jueza María Laura Garrigós de Rébori dijo:

El análisis que hace el voto precedente de la prueba rendida en el debate, receptado en la sentencia en crisis, me convence de la adecuación con la realidad de las circunstancias fácticas que el *a quo* tuvo por acreditadas.

Así también por las razones esgrimidas por el juez Dias, concuerdo con la calificación legal que adjudicó a los hechos objeto del proceso, así como a la pertinencia de la sanción que corresponde imponer.

Finalmente, y también por las razones invocadas en el fallo Olea, al que también alude el juez Dias, concuerdo con lo que resuelve en relación a la crítica de la defensa vinculadas a los arts. 14 y 50 del Código Penal.

El juez Luis M. García dijo:

Atento a que en el orden de deliberación los jueces Días y Garrigós de Rébori han coincidido en los argumentos y solución que cabe dar a cada una de las cuestiones objeto del recurso de casación, y en vista de la naturaleza de esas cuestiones, estimo innecesario abordarlas y emitir voto, por aplicación de lo que establece el art. 23, último párrafo, CPPN (texto según ley 27.384, B.O. 02/10/2017, que ya ha entrado en vigencia según el art. 8).

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, **RESUELVE:**

I. HACER LUGAR al recurso de casación; de Diego Ignacio Naya Peralta; **CASAR** el punto II de la sentencia recurrida; **MODIFICAR** la calificación legal asignada al hecho por la de homicidio, en grado de tentativa, en concurso ideal con el delito de robo con armas en grado de tentativa y **CONDENAR** al nombrado a la pena de **SEIS (6) AÑOS y OCHO (8) MESES DE PRISIÓN**, accesorias legales y costas.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 1741/2015/TO2/CNCI

II. RECHAZAR el recurso de casación en lo que hace a los restantes agravios, sin costas. (arts. 40, 41, 42, 44, 79, 166, inc.2, CP y 456 inc. 1º y 2º, 470, 530 y 531, CPPN).

LUIS M. GARCIA

HORACIO DÍAS

MARÍA LAURA
GARRIGÓS DE RÉBORI

Ante mí

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ
Secretario de Cámara