

Cámara Nacional de Casación Penal

NADIA PÉREZ

Secretaría de Cámara

REGISTRO Nro.14.805 .4

//la ciudad de Buenos Aires, a los 2 días del mes de mayo del año dos mil once, se reúne la Sala IV de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Gustavo M. Hornos como Presidente y los doctores Augusto M. Diez Ojeda y Mariano González Palazzo como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora Nadia A. Pérez, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 707/722 de la presente causa Nro. 11.357 del Registro de esta Sala, caratulada: **“HERNÁNDEZ, Jhon Gabriel y otro s/recurso de casación”**; de la que **RESULTA:**

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 10 de la Capital Federal, con fecha 6 de agosto de 2009, resolvió: I.- CONDENAR a JHON GABRIEL HERNÁNDEZ ó RUBÉN HERNÁNDEZ ó RUBÉN HERNÁNDEZ FAZ ó JHONY FERNÁNDEZ ó LEONARDO CLEQUE PEREYRA, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido con arma, en concurso real con robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda (causa 3104), en concurso real con el delito de robo simple en calidad de autor (causa 3113) (arts. 45, 55, 164, 166, inciso 2° y 167 inciso 2° del Código Penal) a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS Y COSTAS (artículos 5, 12 y 29, inciso 3° del Código Penal y 351 del Código Procesal Penal). II.- CONDENAR a RUBÉN HERNÁNDEZ FAZ ó LEONARDO CLEQUE PEREYRA ó RUBÉN FERNÁNDEZ FAZ O SEBASTIÁN CLAUDIO MENÉNDEZ NÚÑEZ, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido con arma (arts. 45 y 166, inc. 2° del Código Penal) a cumplir la pena de CINCO AÑOS Y TRES MESES DE

PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (arts. 5, 12, 29 inciso 3° del Código Penal y 531 del Código Procesal Penal).

II. Que contra esa resolución interpuso recurso de casación el Defensor Oficial Ricardo Jorge Grassi, en representación de John Gabriel Hernández y Rubén Hernández Faz (fs. 707/722), el que fue concedido (fs. 723/724).

III. Que el recurrente encarriló la impugnación por la vía de ambos incisos del art. 456 del C.P.P.N, aclarando expresamente que el recurso se endereza a cuestionar el pronunciamiento respecto a la causa Nro. 3104.

Que al motivar sus agravios, el impugnante sostuvo, en primer lugar, que el tribunal *a quo* incurrió en arbitrariedad a la hora de tener por acreditado el hecho inspeccionado en la causa Nro. 3104 y, en particular, la participación de sus defendidos en el evento que damnificara a Márquez, pues, a su juicio, la solución que se imponía era la absolución de los justiciables por aplicación del principio *favor rei*. Recordó, por un lado, que los encausados y la víctima se conocían y que, al parecer, compartían determinadas actividades; por otro, reparó en la actitud que asumieron frente al hecho tanto Hernández como Hernández Faz, quienes a diferencia del tercero que se dió a la fuga, se quedaron en el lugar al arribo de la prevención.

Las circunstancias apuntadas junto a la negativa de los imputados en reconocer su intervención en el suceso, impide tener por acreditado sus intervenciones con el grado de certeza apodíctica que exige una sentencia condenatoria.

Por otra parte, la defensa se agravió ante la falta de pruebas que permitan tener por consumado el hecho y el empleo de un cuchillo para llevarlo a cabo.

En esta inteligencia, aclaró, en primer lugar, que el tribunal de mérito consideró que la sustracción que damnificara a Ariel Cristian

Cámara Nacional de Casación Penal

Márquez quedó consumada a partir de los dichos de la propia víctima, quien recién en la etapa de debate manifestó que “*le había desaparecido una remera de color rojo*”. Sin embargo, estimó que esta última declaración debe ser observada en armonía con las que efectuara durante la etapa de instrucción, oportunidad en la que Márquez nada dijo sobre ésta prenda, sino que sólo le habían sustraído la mochila que finalmente recuperó.

En consecuencia, tildó de tendencioso el último relato del testigo y concluyó que el único objeto del que fue despojado Márquez fue la mochila que recuperó en forma inmediata, por lo que el robo que se le reprocha a sus defendidos quedó en grado de tentativa.

Asimismo, respecto a la agravante por el empleo de un arma, sostuvo que la ausencia de secuestro del cuchillo impide tener por acreditada su existencia. En este sentido, precisó que ante la ausencia del objeto, no es posible verificar el mayor grado de peligro concreto corrido por la víctima para fundar el mayor grado de punibilidad, pues bien podría tratarse de un elemento pseudo intimidatorio, tal como un cuchillo de utilería que no ingresa en la agravante.

Por otra parte, indicó que de la figura de robo agravado por haber sido cometido en poblado y banda (art. 167, inc. 2 del C.P.), tampoco es de aplicación al caso, toda vez que la eventual participación de sus asistidos en el evento junto con dos personas más que se encuentran prófugas, se habría producido de pura casualidad sin que se encuentren presentes los elementos de la asociación ilícita que exige el concepto “banda” para que se configure la agravante. En este orden de ideas, analizó el tipo penal y los alcances asignados al término “banda” por la doctrina y la jurisprudencia, inclinándose por aquél que requiere que se encuentren presentes los elementos de la asociación ilícita.

Finalmente, se agravió por el proceder oficioso del tribunal *a quo* al imponer una pena superior a la requerida por el representante del

Ministerio Público Fiscal al momento de alegar.

Hizo reserva de caso federal.

IV. Que celebrada las audiencia previstas por los artículos 468 del C.P.P.N. y 41 del C.P., de lo que se dejó constancia en autos, quedaron las actuaciones en estado de ser resueltas. Realizado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo: doctor Augusto M. Diez Ojeda, doctor Gustavo Hornos y doctor Mariano González Palazzo.

El **señor juez Augusto M. Diez Ojeda** dijo:

I. Inicialmente, corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas consideradas definitivas (art. 457 del C.P.P.N.), la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla (art. 459 del C.P.P.N.), los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456, inciso 1 y 2 del C.P.P.N., y se han cumplido los requisitos de temporaneidad y de fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual.

II. Superado el juicio de admisibilidad del recurso, encuentro oportuno precisar, a fin de practicar el estudio que corresponde efectuar sobre los agravios que dan basamento al presente remedio, que el tribunal de mérito concluyó:

“...tengo por cierto y probado la activa participación de Jhon Gabriel Hernández o Jhony Fernández y Rubén Hernández Faz o Leandro Cleque Pereyra o Rubén Hernández Faz o Sebastián Claudio Menéndez Nuñez en el suceso acaecido el 19 de enero ppdo. cerca de las 2:00 horas en la intersección de las avenidas Juan de Garay y Paseo Colón de esta ciudad, cuando junto a dos personas del sexo masculino actualmente prófugas, se apoderaron ilegítimamente y mediante la exhibición de un cuchillo, de una mochila propiedad de Ariel Cristian Márquez que contenía en su interior un par de zapatillas, dos desodorantes, ropa de trabajo, gel

Cámara Nacional de Casación Penal

para el pelo, una visera color gris y una reloj de plástico negro.”

Para así decir, se ponderó la declaración de Ariel Cristian Márquez quien, luego de ratificar sus declaraciones en sede de instrucción, manifestó durante la audiencia de debate que “...aproximadamente a las 2:30 horas, caminaba junto a su compañero de trabajo Sergio Delgadino por Paseo Colón y Garay luego de finalizar su labor en el restaurante ‘El Porteño’, con la intención de abordar el colectivo 53 que lo trasladaría hasta su domicilio.

Cuando llegaron a la intersección de las calles mencionadas, le salieron al paso cuatro masculinos, siendo que uno de ellos -gordo y morocho- extrajo un cuchillo de grandes dimensiones y le exigió la entrega de la mochila que portaba y las zapatillas, a la vez que algunos le aplicaron golpes, sin poder precisar quién de todos ellos lo hizo...”

“Temiendo por su seguridad, hizo entrega al caco de la mochila y cuando pudo levantarse, huyó rápidamente del lugar junto a su compañero.”

Refirió que a unos doscientos metros del lugar, observó un patrullero, solicitó auxilio y junto a personal policial se constituyó nuevamente en el lugar de los hechos.

En tal oportunidad, recordó que “[a] unos cien metros divisó al grupo, por lo que uno de los policías descendió con el propósito de detenerlos, consiguiendo sólo aprehender a dos de ellos, puesto que quien portaba el cuchillo salió corriendo al advertir la presencia policial.

Manifestó que la policía secuestró en poder del de tez morocha y rulos, la mochila de su propiedad, en tanto el que vestía saco naranja se puso de espalda a los dos preventores, como ocultando algo, pero finalmente incautaron en su poder las zapatillas que le robara.

Asimismo recordó que fue el morocho con rulos quien dijo a los que lo acompañaban que el dicente tenía un discman en la mochila, pero casualmente ese día lo había olvidado en su casa. También fue esta persona quien lo amenazó diciéndole que cuando saliera lo iba a matar.”

“A preguntas que le fueron formuladas respondió que conocía de vista a los procesados, ya que siempre le pedían monedas cuando iba o regresaba a su trabajo, pero nunca tuvo trato con ellos, ni conoce sus nombres.

Instado a precisar cómo se produjo el desapoderamiento, explicó que se le acercaron cuatro hombres, tres de los cuales se colocaron de frente evitando que avanzara, en tanto el otro se ubicó detrás suyo, tironeándolo con el propósito de hacerlo caer.

El que se hallaba a su espalda es uno de los sujetos detenidos, el de pelo sin rulos y vestido de color naranja, y era el que, como ya dijera, llevaba las zapatillas del declarante cuando lograron aprehenderlo.”

“Finalmente respondió que entre el momento en que pudo alejarse del lugar para luego regresar con el patrullero, pasaron aproximadamente cinco minutos”.

La declaración de la víctima fue observada junto con la del testigo Sergio Gonzalo Delgadino y las de los preventores Emilio Ariel Cardozo y Juan Carlos Maza, así como también con las actas de secuestro y detención, entre otros documentos.

III. A fin de dar solución a la tacha de arbitrariedad sobre la que se edifica la impugnación, corresponde examinar si la sentencia traída a revisión constituye un acto jurisdiccional válido derivado del análisis lógico y razonado de las constancias allegadas al sumario en observancia al principio de la sana crítica racional o libre convicción (art. 398 del C.P.P.N.) o, por el contrario, si representa una conclusión desprovista de fundamentación o con motivación insuficiente o contradictoria (art. 404, inc. 2, del C.P.P.N.).

Cámara Nacional de Casación Penal

No es ocioso recordar, a fin de llevar adelante la tarea, que el recurso de casación debe ser regulado y aplicado de conformidad con el derecho a recurrir el fallo -derivado del derecho de defensa- consagrado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a nuestro sistema legal con igual jerarquía (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8.2.h; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.5).

Es así que para asegurar la vigencia de la garantía en cuestión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” (sentencia del 2 de julio de 2004), sostuvo que el recurso de casación debe ser “amplio” y “eficaz”, de tal manera que permita que el tribunal superior realice “*un análisis o examen comprensivo e integral de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior*”, sea que éstas se refieran a los hechos, al derecho o la pena, y así procurar “*la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho*” (párr. 161, 162 y 167).

Ese precedente, precisamente, fue recogido por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación al reafirmar que le compete a esta Cámara Nacional de Casación Penal “*...agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable*” (in re Fallos C.1757. XL. “Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa”, causa N°. 1681, rta. 20/09/05).

Conforme tal doctrina, lo que resulta relevante es que en esta instancia se pueda efectuar el completo control de la sentencia impugnada, verificando que todas las cuestiones allí asentadas (sean las que tradicionalmente se consideraban de “hecho” o de “derecho”) se encuentren debidamente fundadas a la luz de lo previsto por los arts. 398 y 404 del C.P.P.N. En definitiva, no se trata sino del análisis del cumplimiento de las

reglas que integran el llamado sistema de libre convicción o sana crítica racional.

Es así que una correcta hermenéutica del recurso de casación permite que este Tribunal analice el modo de cómo el sentenciante ha valorado el material probatorio, encontrando como único límite aquellas cuestiones relacionadas directa y únicamente con la inmediación del juicio oral, materia vedada por su propia naturaleza irrepitible en esta instancia.

Es por ello que en relación a una declaración testimonial recibida durante la audiencia de debate, dado su carácter irreproducible, esta Cámara podrá analizar si su contenido ha sido valorado fundadamente de acuerdo a las reglas de la sana crítica racional, en relación al resto del material probatorio. Pero en modo alguno podrá verificar qué impresión ha causado en el ánimo de los jueces que la han presenciado y escuchado, por cuanto se trata de una percepción propia relativa a lo acontecido en el debate oral.

Desde esta perspectiva, no se verifica en el *sub examine* impedimento alguno ligado con el principio de inmediación que obstaculice el tratamiento y resolución sobre el acierto o desacierto del tribunal *a quo* a la hora de evaluar la prueba, tener por acreditado el hecho y la participación de los imputados.

Puesto entonces a revisar la sentencia, compruebo que el *a quo* realizó un amplio análisis del material probatorio sobre el que asentó su decisión, atendiendo en esa tarea intelectual, los argumentos brindados por la defensa al instar la absolución de los nocentes.

La arbitrariedad denunciada, a mi juicio, se encuentra desprovista de todo sustento. Ello es así, ni bien se observa que los sentenciantes han realizado un tratamiento concreto y pormenorizado sobre las particularidades tenidas en cuenta por la defensa para propiciar la desvinculación de los inculos en el hecho, descartando esta posibilidad a través de un razonamiento lógico y crítico de los distintos elementos de

Cámara Nacional de Casación Penal

prueba incorporados al legajo. Nos encontramos, en consecuencia, en presencia de un acto jurisdiccional que lejos de merecer la descalificación que se pretende, constituye un acto procesal válido que se ajusta a las constancias agregadas a la causa.

La claridad y precisión con que se manifestó la víctima Ariel Cristian Márquez -reseñada en la sentencia, tal como se pusiera de manifiesto en el acápite II del presente voto-, identificando a los imputados como las personas que participaron en el hecho, asignándole un rol determinado e indicando los elementos sustraídos que cada uno de ellos tenía en su poder al ser aprehendidos, echa por tierra la arbitrariedad y duda denunciada por la defensa en su recurso. Máxime, cuando la versión de Márquez encuentra correlato con aquél que efectuara durante la audiencia de debate el Subinspector de la P.F.A Emilio Ariel Cardozo y por el testimonio oportunamente brindado por el testigo presencial Sergio Gonzalo Delgadino, incorporado por lectura.

En consecuencia, lejos de observar en el *sub iudice* un supuesto de arbitrariedad, las críticas que se alzan contra el pronunciamiento que revisamos, ni siquiera exhiben un enfoque distinto de un mismo plexo probatorio, sino que sólo se encuentran ancladas en la solitaria versión exculpatoria que han efectuado los imputados, los que han quedado ampliamente superados a partir de las declaraciones rendidas por los testigos de marras.

Ante este cuadro, y frente a la invocación del principio *in dubio pro reo*, cabe realizar una serie de precisiones en razón del carácter predominantemente subjetivo que encierra la duda y, de ahí, las posibles opiniones encontradas que pueden o suelen verificarse sobre un mismo instrumento de prueba.

Este principio, directamente ligado con el estado de inocencia del que goza toda persona a la que se le dirige una imputación penal, exige

que la sentencia condenatoria sólo puede ser el resultado de la convicción a la que llegue el tribunal respecto a la culpabilidad del justiciable. Cualquier incertidumbre en la convicción del juzgador sobre la cuestión a la que es llamado a fallar, debe ser ineludiblemente resuelta a favor del imputado.

Por ende, la falta de certeza o las dubitaciones que tornen aplicable el principio *favor rei* para solucionar el conflicto, deben registrarse en el análisis conjunto de todos y cada uno de los elementos de juicio incorporados al legajo para desarrollar la tarea intelectual que debe seguir el órgano jurisdiccional respetando los principios que la rigen. En otras palabras, la duda o falta de certeza debe ser el resultado del juicio de valor integral del plexo probatorio. De adverso, no puede ser el producto de pura subjetividades ni del estudio aislado de determinados componentes que integran el universo probatorio.

De ahí que no pueda seguir a la defensa en la duda que plantea. Ello es así, toda vez que la conclusión del juzgador resulta ser el fruto de una valoración amplia y crítica del conjunto del material probatorio reunido en la encuesta, involucrando la declaración de la víctima, el de un testigo presencial del hecho y el de los agentes de seguridad que actuaron en el suceso aprehendiendo a los justiciables.

Frente a este panorama, no encuentro margen de duda alguno que pueda modificar los hechos que tuvo por acreditado el sentenciante y la intervención de los encausados en aquéllos. En consecuencia, corresponde concluir que el tribunal de mérito cumplió acabadamente con las exigencias de fundamentación previstas por los artículos 123, 398 y 404, inc. 2 del C.P.P.N.,

No debe olvidarse, además, que cuando se ataca la legalidad de un decisorio por carencia de motivación, el defecto debe resultar de una entidad tal que deje privado al fallo de razones suficientes y aptas para

Cámara Nacional de Casación Penal

justificar la decisión del tribunal respecto de cada una de las cuestiones que resuelve, circunstancia que en modo alguno, en orden a lo expuesto, se advierte en el presente caso.

Finalmente, a la misma conclusión corresponde arribar sobre la tendenciosa declaración de Márquez durante el debate calificada por la defensa para llevar la conducta de sus defendidos a la etapa de conato, por cuanto desde los albores de la instrucción, se verifica en autos que Márquez indicó que entre los objetos que le fueron sustraídos se encontraba la remera roja cuya existencia niega la defensa.

En efecto, de la declaración glosada a fs.111/112 de principal surge que al responder las preguntas del tribunal, Márquez indicó que en el interior de la mochila que le fue sustraída se encontraba, entre otros elementos “...ropa de trabajo, consistente en chaqueta y pantalón blanco, una remera roja...” (Sic).

Esta circunstancia, además de constatar que el relato de Márquez se mantuvo inalterable desde el comienzo del proceso hasta su finalización, deja sin sustento la posición de la defensa.

IV. Respecto al agravio dirigido a cuestionar la aplicación de la figura del art. 166, inc. 2º del C.P., corresponde realizar una serie de aclaraciones, pues si bien el planteo que trae la defensa a la hora de impugnar la agravante se encuentra anclado ante la falta de secuestro del cuchillo con el que fue intimidado Márquez, corresponde señalar que la existencia del elemento ha sido correctamente acreditada por el tribunal *a quo* a través de la declaración de la víctima durante el debate y la declaración de Sergio Gonzalo Delgadino incorporada por lectura. El primero, describió el objeto como un cuchillo de cocina, grande, con hoja gruesa y brillante; el segundo, lo hizo como grande, de hoja fina y larga.

Sin embargo, aunque acreditada la utilización del cuchillo descripto para perpetrar el robo, no resulta posible, a mi juicio, agravar la conducta de los nocentes en los términos del art. 167, inciso 2 del C.P..

Para dar razón a la postura que propongo, es necesario recordar que la delimitación del concepto “*arma*” utilizado por el legislador constituye una actividad propia del ejercicio de la jurisdicción. Pues la aplicación de la ley a un caso concreto supone determinar, por vía hermenéutica, lo que la norma denota para luego indagar si el supuesto bajo juzgamiento forma parte de lo que connota.

En esa tarea, el juzgador debe partir de la premisa de que para la “*interpretación de las normas penales, ... el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio pro homine que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.*” (C.S.J.N., Causa “ACOSTA, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, 1º párrafo ley 23.737 -causa nº 28/05-”, Recurso de hecho A. 2186. XLI, rta. el 23/04/08, cons. 6º).

Al respecto, he tenido oportunidad de señalar que, atendiéndonos al correcto significado de “*arma*” como todo aquél “*instrumento, medio o máquina destinados a atacar o defenderse*” (Diccionario de la Real Academia Española, vigésima segunda edición), no corresponde asumir una interpretación extensiva de tal concepto, de modo tal que pretenda incluirse dentro de sus alcances a ciertos elementos extraños a sus categorías naturales que la integran en una relación de género a especie, a saber, las armas de fuego o armas blancas (cfr. causa Nº. 8235 de esta Sala IV, “Caldas Castillo, Víctor s/recurso de casación”, Reg. Nº. 11.796.4, rta. el 18/05/09, a la que, *brevitatis causae*, me remito).

En dicho precedente señalé que “*entendida en sentido estricto,*

Cámara Nacional de Casación Penal

tal definición contempla a los instrumentos que han sido fabricados expresamente para ser empleados en la agresión o defensa de las personas, abarcando como especies dentro del género ‘armas’, a las ‘armas de fuego’ -para cuya significado corresponde remitirse a las leyes especiales que regulan la materia- y a las ‘armas blancas’, definidas éstas como las ofensivas de hoja metálica punzante o cortante, tales como los bastenos-estoque, los puñales de cualquier clase, los cuchillos acanalados, estriados o perforados, dagas, espadas y navajas automáticas (cfr. Donna, Edgardo A., “Derecho Penal. Parte Especial”, T.º II-B, Ed. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2004, pág. 160)”

Adviértase que esta clasificación aparece recogida, precisamente, en la nueva redacción del texto del art. 166, inc. 2º (según la ley 25.882), conforme la cual se establece un sistema de agravantes que asigna, gradualmente, mayor reproche penal, según que califiquen al robo simple conforme las siguientes hipótesis: con el uso de un arma que no sea de fuego -*arma blanca*- (art. 166, inc. 2º, primer párrafo, con pena de 5 a 15 años de prisión) y mediante el empleo de un arma de fuego (art. 166, inc. 2º, segundo párrafo, con pena de 6 años y 8 meses a 20 años de prisión).

Ahora bien, el tribunal consideró que el cuchillo de cocina (sin ninguna otra descripción del elemento en cuestión) empleado por los autores del hecho pertenece a la categoría de “armas”.

En este punto, no desconozco que la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se ha pronunciado en la inteligencia de que tal objeto se trata, en realidad, de un “arma impropia”, es decir, un elemento que sin ser una arma propiamente dicha (por cuanto no fue fabricada expresamente “para atacar o defenderse”, sino con otras finalidades domésticas), permite ser utilizada “como si lo fuera”. Tal hermenéutica, si bien pretende hacer hincapié en el hecho de que se está utilizando un objeto que aumenta el poder ofensivo del autor -con un consecuente incremento del riesgo para la

víctima-, sin embargo, haciendo un uso distorsivo del lenguaje, equipara a “armas” a elementos que no lo son, excediendo el alcance semántico de las palabras y, lo que es aún más grave, importando una violación del principio de máxima taxatividad interpretativa -derivada del principio de legalidad-, que se erige en una palmaria analogía *in malam partem*.

Además, con la exégesis que propongo, se ha pretendido evitar el absurdo de considerar que, en definitiva, sólo queden relegados a la figura de robo simple aquellos desapoderamientos en los que el ladrón utilizara, como medio violento, un ataque con sus propias manos.

Teniendo en cuenta estas premisas, en otro precedente donde se cuestionaba la aplicación de la agravante prevista en el art. 119, cuarto párrafo, inc. d) del C.P. (abuso sexual agravado por haber sido cometido con armas), afirmé que el empleo de un cuchillo de cocina con serrucho -comúnmente denominado “tramontina”- es un *“instrumento que ha sido diseñado específicamente para uso culinario, [por lo que] no corresponde que sea entendido como integrante del concepto ‘arma’, por más que, en la práctica, pueda ser utilizado ‘para atacar o defenderse’*. De tal modo, su empleo queda atrapado por el concepto de violencia física o psíquica propio del tipo legal en cuestión” (cfr. causa N°. 8935, “Cumpa Perez, Jonhy Alex s/recurso de casación”, Reg. N°. 13.003, rta. el 26/2/2010).

Sentado lo anterior, considero que el elemento utilizado por los coautores del robo que damnificó a Márquez no puede ser considerado, por sus características, dentro de la clasificación de “arma” (blanca), por cuanto ello implicaría una violación al art. 18 de la C.N.

Si bien ello impide que se configure el aspecto objetivo de la agravante en cuestión, nuevamente corresponde señalar que ningún obstáculo se erige para que sea una circunstancia a tener en cuenta como pauta mensurativa de pena, a la luz de los parámetros establecidos en los arts. 40 y 41 del C.P.

En razón de lo expuesto, he de propiciar la casación parcial del

Cámara Nacional de Casación Penal

pronunciamiento en lo que hace a la agravante del robo por el empleo de arma (art. 166, inc. 2 del C.P.).

V. Corresponde analizar, a la luz del error *in iudicando* invocado por la defensa, la interpretación y alcance asignado al concepto de “banda” previsto por el art. 167, inc. 2 del C.P. La tarea, en definitiva, se circunscribe en determinar si la concurrencia de tres o más personas, puede dar lugar, sin más, a la agravante de la figura básica de robo (art.167, inc. 2°, del C.P.).

En esta inteligencia, debemos recordar que el juicio de subsunción típica requiere, en primer término, delimitar el preciso alcance de la norma bajo análisis y luego determinar si el suceso tenido por acreditado puede ser abarcado dentro de aquélla. Por ello, para dilucidar si el decisorio impugnado luce ajustado a derecho en lo que concierne a la significación jurídica de los hechos, es preciso, previamente, formular ciertas disquisiciones de la figura legal en cuestión.

Al respecto, corresponde señalar que la circunstancia agravante de “banda” es un particular modo de ejecución de ciertos delitos (vg: arts. 166, 167, 184 del C.P.), en el que el mayor rigor punitivo obedece a que la intervención de varias personas no sólo genera un mayor poder intimidante en la víctima, sino que coloca al bien jurídico afectado en un mayor grado de vulnerabilidad, así como también proporciona a los sujetos activos una mayor eficacia en sus intenciones ilícitas, brindando una mayor posibilidad de neutralización de la acción estatal o la resistencia que la víctima o un tercero pudieran oponer.

En cuanto al aspecto numérico, han coincidido la doctrina y la jurisprudencia en exigir la presencia de tres (3) o más personas que tomen intervención en el robo (cfr. Creus, Carlos, “Derecho Penal, Parte Especial”,

tomo I, 4º edición, pág. 457, edit. Astrea, Bs. As., 1993; D'Alessio, Andrés José, “Código Penal, comentado y anotado, Parte Especial”, tomo II, pag. 415, edit. La Ley, Buenos Aires, 2004).

Pero lo que resulta esencial para la agravante en cuestión, es la gran relevancia que adquiere -para quienes pretenden perpetrar un robo- esa específica organización numérica. En efecto, de acuerdo al plan común que ha sido preordenado, el apoderamiento del bien mueble ajeno resultará más fácil de llevar a cabo mediante, precisamente, un actuar coordinado de tres o más personas.

De este modo, no basta la mera confluencia de una pluralidad de intervinientes en el ilícito en cuestión, pues no cualquier actividad concurrente de tres o más personas dará lugar a la aplicación de la agravante bajo análisis. Adviértase, por ejemplo, que cuando la ley reprime ciertos delitos por la simple cantidad de perpetradores, no emplea el término “banda”, sino que se refiere a “*cuando el hecho fuera cometido por dos o más personas*” (art. 119, cuarto párrafo, inc. d del C.P) o cuando “*participen en el hecho tres (3) o más personas*” (art. 167 quater, inc. 6 del C.P).

La noción legal de “banda” (arts. 166, inc. 2º y 167, inc. 2º) exige un acuerdo previo entre las partes para la realización del delito en cuestión. Precisamente, esa actividad organizada, preordenada de acuerdo a un plan común y efectivizada a través de una división de roles y funciones, es la que se traducirá en una mayor peligrosidad para el bien jurídico protegido y en una mayor eficacia delictiva. Sólo en la medida en que una pluralidad de sujetos activos actúen coordinadamente, es que se configura la mayor capacidad de agresión al bien jurídico que castiga la norma en análisis.

Sin embargo, por estricto respeto al principio de legalidad, no corresponde extender ese acuerdo a otra dimensión distinta a la requerida por el tipo que resulta agravado, que supere al hecho del robo concreto.

Cámara Nacional de Casación Penal

En efecto, la agravante en cuestión no exige la acreditación de una estructura delictiva organizada permanente, que trascienda al robo bajo estudio, ni que entre sus integrantes exista un acuerdo para cometer una cantidad indeterminada de delitos distintos para el cual se organizaron como una “banda” (en ese mismo sentido, ya me he expedido en causa N°. 8765, “Heredia Dávila, Jorge s/recurso de casación”, Reg. N°. 10.799.4, rta. el 24/11/08. De igual opinión: causa N°. 7789 de la Sala II, “Navarro, Sergio Rubén s/recurso de casación”, Reg. N°. 9916.2, rta. el 27/04/07; causa N°. 7055 de la Sala I, “Benítez, Sergio Rubén s/recurso de casación”, Reg. N°. 9156.1, rta. el 18/02/2008; entre muchos otros).

Por ello, si bien el codificador conmina en el art. 210 al “*que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas*”, no puede concluirse que los términos “banda” y “asociación ilícita” resulten sinónimos, por cuanto resulta claro que la misma norma asignó a esta última un valor de carácter distintivo: el destino “*a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación*”. Es decir, mientras que para la “banda” (o mera “asociación”) se requiere un acuerdo entre sus integrantes para actuar organizadamente en aras de un fin ilícito concreto -sin una cohesión y predeterminación dirigida a un quehacer futuro-, para la “asociación ilícita”, en cambio, se requiere una concordancia intencional de sus miembros para realizar delitos indeterminados, es decir, que aún no han sido identificados. Y es dicha indeterminación, que no se vincula con un hecho específico y particular, lo que otorga a la organización numérica esa particular permanencia o estabilidad característica de la conducta reprimida por art. 210 del C.P.

Así, cabe concluir que para que un robo se cometa en “banda” en los términos del art. 167, inc. 2°, del C.P., es suficiente que en la ejecución del hecho hayan tomado parte tres o más personas, actuando de manera organizada, de acuerdo a un plan común preordenado, sin que sea

necesario que dichos sujetos activos integren, a su vez, una asociación ilícita en los términos del art. 210 del C.P.

Analizando el caso traído a revisión a la luz de marco dogmático reseñado encuentro, tal como lo afirmara el tribunal *a quo* en su sentencia, que en el *sub examine* se encuentra satisfecho el concepto “banda” para agravar la conducta por la que fueron juzgados y condenados los nocentes.

En efecto, ninguna duda exhibe el caso sobre la condición numérica que exige la norma, pues se encuentra acreditado en autos la intervención en el evento de cuatro personas. Tampoco encuentro obstáculos a la hora de afirmar que los cuatro imputados actuaron en forma organizada bajo la asignación de roles.

Para afirmar esta circunstancia, corresponde estar a los dichos de Ariel Cristian Márquez que fueron receptados en la sentencia. El damnificado explicó que uno de los incusos advirtió a sus consortes que llevaba un discman, aunque, en realidad, aquella noche no lo tenía en su poder por haberlo olvidado en su casa. A su vez, la forma en que fue abordada la víctima y en la que se produjo el desapoderamiento, da cuenta, en mi opinión, sobre el actuar mancomunado y organizado con asignación de roles.

Repárese, en esta dirección, que Márquez fue abordado por cuatro personas, tres se colocaron delante de él, mientras que otro lo hizo detrás, sujetándolo del buso que vestía, tironeándolo como queriéndolo arrojar al piso. En ese momento, uno de los que se encontraban parados frente a él, extrajo un cuchillo y, bajo amenaza, le exigió que le entregara el buso, las zapatillas y la mochila (cfr. fes. 111/112).

La cantidad de agentes y la forma de proceder de estos en el suceso, satisface la mayor peligrosidad para el bien jurídico protegido y el mayor grado de eficacia delictiva que inspira la agravante. En otras palabras, se encuentra constatado en el *sub lite* la pluralidad de sujetos

Cámara Nacional de Casación Penal

activos actuando coordinadamente que configura la mayor capacidad de agresión al bien jurídico que castiga el tipo penal que analizamos.

VI. Finalmente, si bien le asiste razón al impugnante en cuanto a que el tribunal de juicio se excedió en sus facultades al imponer una pena superior a la requerida por el representante del Ministerio Público Fiscal (C.N.C.P, Sala IV, causa 8509 “Rodríguez, David Oscar s/ recurso de casación”, reg. 12.895, rta. 8/2/2009), el vicio será subsanado al imponerles a los encausados un nuevo monto de pena a partir del cambio de calificación aquí propuesto.

Para ello, tomo como punto de partida la pretensión punitiva requerida por el representante del Ministerio Público Fiscal y tengo en cuenta el mayor grado de violencia ejercido en el atraco a partir de la utilización de un cuchillo de cocina, así como también las circunstancias ponderadas por el tribunal *a quo* al momento de determinar el monto de la pena de conformidad con lo reglado por los arts. 40 y 41 del C.P, con excepción de la alegada proclividad para cometer delitos respecto de Hernández Faz en razón del antecedente condenatorio que registra el causante, inválidamente computado como agravante.

Sobre este último punto, he tenido ocasión de pronunciarme en el precedente “DE CÁNDIDO, Martín Pablo s/recurso de casación”, que el alcance de las expresiones “*las costumbres y la conducta precedente del autor*” y “*demás antecedentes y condiciones personales*”, abarcadas como pautas mensurativas de la pena en el inciso 2° del art. 41 del C.P., no habilitan la consideración de los antecedentes condenatorios como agravantes, toda vez que deben ser interpretadas restrictivamente y de manera compatible con los principios de culpabilidad por el hecho y de prohibición de la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*), consagrados

en la Constitución Nacional (art. 18) y los tratados de derechos humanos incorporados a ella (art. 75, inc. 22). En ese orden de ideas, no puede soslayarse que la precitada norma del código de fondo, inmediatamente antes de la segunda de las expresiones referidas, alude a “*las reincidencias en que hubiere incurrido*” el imputado. De ello surge, como conclusión preliminar, que el legislador, expresa y exclusivamente, quiso contemplar los antecedentes condenatorios que hubieren dado lugar a una declaración de reincidencia (Causa Nro.7979, rta. el 23/07/08, Reg. N°. 10.751, de esta Sala IV).

Sin embargo, más allá de su texto, al tiempo de aplicar la ley al caso concreto en el pleno ejercicio de la jurisdicción, advierto que, incluso, la ponderación, como circunstancia agravante de “*las reincidencias*”, confronta con el mencionado principio constitucional del *ne bis in idem*, al computar doblemente el delito anterior, para la propia determinación de la reincidencia, agravando la pena al impedir el beneficio de la libertad condicional y, además, para incrementar el monto de la respuesta penal.

De otro lado, este incremento punitivo, también infringe los principios de culpabilidad por el hecho y proporcionalidad de la pena, que la limitan a la intensidad de la afectación de los bienes jurídicos comprometidos y al grado de culpabilidad del autor, que emergen de la conducta sometida a juzgamiento.

Por último, no puedo dejar de mencionar que en el precedente “Mannini, Andrés Sebastián” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (rta. el 17/10/07), los Magistrados que integran el voto en mayoría, no obstante compartir y hacer suyos los fundamentos esgrimidos por el Procurador General en su dictamen, dejaron sentada una expresa *salvedad* respecto de la invocada doctrina del caso “Gómez Dávalos, Sinfoniano s/recurso de revisión” (Fallos: 308:1938). Doctrina ésta que, a su vez, había seguido el Máximo Tribunal *in re* “L’Éveque, Ramón Rafael” (Fallos: 311:1451), al sostener que “*la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el*

Cámara Nacional de Casación Penal

delito anterior, sino al hecho de haber sido condenado en esa oportunidad y obligado a cumplir pena privativa de libertad, lo que pone en evidencia el mayor grado de culpabilidad de la conducta posterior a raíz del desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito” (cons. 7°).

Mientras que, en el precedente “Gramajo, Marcelo E.”, la mayoría, concretamente sostuvo que: *“resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo”* (cons. 18).

“Que la pena y cualquier otra consecuencia jurídico penal del delito -impuesta con ese nombre o con el que pudiera nominársela-, no puede ser cruel, en el sentido que no debe ser desproporcionada respecto del contenido injusto del hecho.

Toda medida penal que se traduzca en una privación de derechos debe guardar proporcionalidad con la magnitud del contenido ilícito del hecho, o sea, con la gravedad de la lesión al bien jurídico concretamente afectado por el hecho, porque la previsiones legales expresan tales magnitudes a través de las escalas penales” (cons. 19).

Y, más adelante, señaló que *“la doctrina argentina que legitima la pena del art. 52 del Código Penal se ve ante una disyuntiva de hierro: o bien admite que la pena de doce años como mínimo que en definitiva se impone a Gramajo se aplica por el último hecho cometido [calificado como*

tentativa de robo], *en cuyo caso se viola el principio de proporcionalidad, o en cambio sostiene que el plus de diez años de reclusión se impone atendiendo a los hechos cometidos y juzgados con anterioridad, en cuyo caso resultaría irrefutable que se lo penaría dos veces por los mismos hechos*” (cons. 21).

En tales circunstancias, si bien en los casos citados en primer término se encontraba en juego la interpretación del art. 50 y, en el último, la del art. 52 ambos del C.P., la posición asumida en tiempos recientes por la Corte se erige, de todos modos, como un criterio rector válido para la interpretación del art. 41 del mismo cuerpo legal. Y, en tal sentido, aparece en consonancia con el que sustento en el presente voto.

En síntesis, conforme las pautas mensurativas válidamente computables en el caso y lo *supra* expuesto, encuentro ajustado a derecho imponerle a John Gabriel Hernández ó Rubén Hernández ó Jhon Gabriel Hernández ó Rubén Hernández Fax ó Jhony Fernández ó Leonardo Cleque Pereyra la pena 5 (cinco) años de prisión, accesorias legales y costas.

Respecto a Rubén Hernández Faz ó Leonardo Cleque Pereyra ó Rubén Fernández Faz ó Sebastián Claudio Menéndez Núñez encuentro ajustado a derecho imponerle la pena de 4 (cuatro) años de prisión, accesorias legales y costas.

VII. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación interpuesto por la defensa por errónea aplicación de la ley sustantiva, sin costas y, en consecuencia: **I- CASAR** el punto dispositivo I de la sentencia (fs.693/704) y **CONDENAR** a **JHON GABRIEL HERNÁNDEZ ó RUBÉN HERNÁNDEZ ó RUBÉN HERNÁNDEZ FAX ó JHONY FERNÁNDEZ ó LEONARDO CLEQUE PEREYRA**, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido en poblado y en banda, en concurso real con robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda (causa 3104), en concurso real con el delito de robo simple en calidad

Cámara Nacional de Casación Penal

de autor (causa 3113) (arts. 45, 55, 164 y 167 inciso 2° del Código Penal) a la pena de 5 (cinco) AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS Y COSTAS (artículos 5, 12 y 29 inciso 3° del Código Penal y 351 del Código Procesal Penal); **II CASAR** punto dispositivo II de la sentencia y **CONDENAR** a RUBÉN HERNÁNDEZ FAZ ó LEONARDO CLEQUE PEREYRA ó RUBÉN FERNÁNDEZ FAZ O SEBASTIÁN CLAUDIO MENÉNDEZ NÚÑEZ, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda (arts. 45 y 167, inc. 2° del Código Penal) a la pena de 4 (cuatro) DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (arts. 5, 12, 29 inciso 3° del Código Penal y 531 del Código Procesal Penal).

El **señor Juez Gustavo M. Hornos** dijo:

I. Que por coincidir sustancialmente adhiere a los puntos I, II, III y V. del voto que antecede.

II. Con relación al agravio dirigido a cuestionar la figura del art. 166, inc. 2° del C.P. coincido con lo señalado por el doctor Diez Ojeda en cuanto a que la existencia del cuchillo de cocina utilizado en el atraco, ha sido correctamente acreditada. Sin embargo habré de disentir en cuanto a que el mismo no puede considerarse dentro de la clasificación de “arma”.

Es que, si bien es cierto que, como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia en forma mayoritaria, las “armas” propiamente dichas son instrumentos “destinados a atacar o defender” (conforme la definición ofrecida por el Diccionario de la Real Academia Española), se ha reconocido que, en ocasión de cometerse un robo, también pueden emplearse ciertas clases de objetos que, sin haberse creado con aquella específica finalidad, pueden ser utilizados violentamente contra la víctima,

como si se tratase de un arma, y que integran el elemento del tipo penal objetivo de la agravante en cuestión.

En efecto, se abarcó en esta disposición en cuestión el poder vulnerante del elemento utilizado contra las personas para perpetrar el robo, incluyéndose en el concepto de “arma” del artículo 166, inciso 2., primer párrafo, del C.P., a las armas blancas y las armas impropias (cfr. mi voto en la causa Nro. 5393: “VILLA, Alberto Daniel s/ recurso de casación”, Reg. Nro. 8244, rta. el 7/2/07).

Habré de recordar en tal sentido las consideraciones que tuviera oportunidad de realizar en el precedente de esta Sala IV “AQUINO, Ricardo Miguel s/ recurso de casación” (Causa N° 6901, Reg. N° 8738, rta. el 30/5/07, en el que cité aquellas realizadas en la causa “BAZÁN, Diego Adrián s/recurso de casación”, Reg. Nro. 1792, rta. el 12/4/99) en el sentido de que “en el concepto de arma propio del tipo, se comprenden tanto las armas propias como las impropias equiparadas a las propia, y las verdaderamente impropias que, por sus características, se adecuen a las razones de ser de la agravante, como serían ciertas herramientas de punta o filo (guadañas, horquillas, azadas) o los objetos de gran poder contundente (bastones ferrados, garrotes, etc.)”.

Entonces sostuve que correspondía aunar en dicha conceptualización, la necesidad de que aquellos objetos hayan sido utilizados o blandidos por el autor en una efectiva acción violenta o intimidatoria para doblegar o evitar la resistencia de quien pueda oponerse a la consumación o impunidad del acto. Ello por cuanto, y como se sostuviera en el precedente de referencia, dos son las razones que se conjugan para agravar el robo en los términos de la primera hipótesis prevista por el inc. 2° del art. 166 del Código Penal: por un lado el mayor poder intimidante del arma, y por el otro el peligro para la integridad física y la vida misma que constituye para el agraviado la utilización de ella por el propio agente.

Del estudio de los hechos juzgados a la luz de los principios

Cámara Nacional de Casación Penal

expuestos, resulta que la agravante se encuentra adecuadamente aplicada y por tal motivo es que habré de proponer que se rechace el recurso en este aspecto.

III. Finalmente en cuanto a la graduación de la pena que en definitiva le impusieron a John Hernández y a Fernández Paz, ya he tenido oportunidad de desarrollar al votar en diversos precedentes de esta Sala IV (cfr.: causa Nro. 8030: “SILVA, Oscar Alberto y otros s/ recurso de casación”, Reg. Nro. 10.890, rta. El 26/9/08; y causa Nro. 8469: “TEODOROVICH, Cristian David s/ recurso de casación”, Reg. Nro. 11.216, rta. el 6/2/08; entre varias otras), y específicamente en la causa “RODRIGUEZ IMAS s/ casación” en cuanto a que en el *sub examine* el tribunal de juicio ha exorbitado el ejercicio de su jurisdicción al fijar un *quantum* punitivo superior al de cinco años y tres meses de prisión, accesorias legales y costas que fuera solicitado por el representante del Ministerio Público al momento de los alegatos.(Cfr.fs. 694 vta.).

Es que los principios fundamentales del derecho procesal moderno que han instaurado de forma tan arraigada un esquema de debate oral acusatorio, imponen la necesidad de garantizar el debido contradictorio entre acusación y defensa, en donde las partes puedan confrontar en igualdad de condiciones sobre todos los aspectos relevantes que hacen al eventual castigo penal.

Así, resulta obvio reconocer que la pena no constituye un aspecto intrascendente o secundario de la acusación formulada, puesto que no es sino la concreción misma del interés punitivo del Estado en un determinado “*quantum*” de aflicción que a su entender deberá padecer el condenado. En efecto, el monto de pena solicitado constituye la cuantificación de la pretensión punitiva en el caso concreto, fijándola en un

límite preciso; y como tal, es un componente esencial de la acusación formulada en el ejercicio de la acción penal impulsada en su calidad de representante del Ministerio Público Fiscal o de querellante.

Considerar a la determinación de la pena como una decisión sujeta exclusivamente a la discrecionalidad de los jueces, pudiendo su límite final quedar librado únicamente al criterio del tribunal, no sólo atenta contra la imparcialidad que debe imperar en todo tribunal judicial al momento de resolver el caso que ha sido sometido a su jurisdicción, sino que también implica introducir al momento de dictarse la sentencia de mérito una modificación sorpresiva en un aspecto sumamente relevante que integra la totalidad de la acusación, y ello una vez que ha finalizado la oportunidad para que la defensa pueda rebatir y argumentar al respecto.

Con respecto a que los jueces de “a quo” ponderaron negativamente los antecedentes que registra Diaz, tuve ya oportunidad de sostener que considero que la evaluación como pauta de agravación de los antecedentes condenatorios que registra el imputado, responde a las claras pautas que, implicando consideraciones de prevención especial, en tal sentido regula el artículo 41, segundo párrafo, del C.P., y que, junto a las demás condiciones personales, son establecidas para adecuar la pena a imponer en el caso concreto respecto del hecho cometido y en relación a la persona del delincuente (cfr.: causa Nro. 5512: “ROMANI, Dario Jorge s/recurso de casación”, Reg. Nro. 8028, rta. 08/11/06; y causa Nro. 5466: “DENIS, Luis Sergio s/ recurso de casación”, Reg. Nro. 10.686, rta. el 1/7/08); por lo que discrepo con el voto que antecede.

Por otra parte, la prohibición constitucional que impide el doble juzgamiento por un mismo hecho, debe descartarse respecto de la cuestión estudiada, toda vez que el principio de “non bis in idem” prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho, pero no impide al legislador tomar en cuenta la o las anteriores condenas, entendidas como dato objetivo y formal, a efectos de ajustar con mayor precisión la pena que se considere

Cámara Nacional de Casación Penal

adecuada, desde el prisma de la prevención especial -como se adelantó-, para los supuestos en los que el individuo incurriese en nuevas infracciones criminales. Y no en razón de su culpabilidad por los hechos anteriormente juzgados, sino en virtud del hecho por el cual resulta condenado, lo cual está vinculado también con el juicio de disvalor sobre el segundo hecho cometido.

IV. En virtud de lo expuesto habré de proponer, hacer lugar parcialmente al recurso de la defensa en cuanto a la graduación de la pena se refiere y condenar en definitiva a JHON GABRIEL HERNÁNDEZ ó RUBÉN HERNÁNDEZ ó RUBÉN HERNÁNDEZ FAX ó JHONY FERNÁNDEZ ó LEONARDO CLEQUE PEREYRA, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido con arma, en concurso real con robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda (causa 3104), en concurso real con el delito de robo simple en calidad de autor (causa 3113) (arts. 45, 55, 164, 166, inciso 2° y 167 inciso 2° del Código Penal) a la pena de cinco años y tres meses de prisión, accesorias legales y costas y a **CASAR** punto dispositivo II de la sentencia y **CONDENAR** a RUBÉN HERNÁNDEZ FAZ ó LEONARDO CLEQUE PEREYRA ó RUBÉN FERNÁNDEZ FAZ O SEBASTIÁN CLAUDIO MENÉNDEZ NÚÑEZ, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido con arma (arts. 45 y 166, inc. 2° del Código Penal) a la pena de 5 (cinco) DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS (arts. 5, 12, 29 inciso 3° del Código Penal y 531 del Código Procesal Penal).

El señor **juez Mariano González palazzo** dijo:

I. Que habré de adherir al voto liderante en la solución propiciada en los puntos I, II, III y V, mas debo disentir con lo manifestado

por mi distinguido colega en los puntos IV y VI.

II. En lo atinente al punto IV, entiendo -en concordancia con lo expresado por el Doctor Hornos- que, probada la existencia del cuchillo en el hecho enrostrado, la agravante del arma aplicable al instrumento en cuestión se encuentra debidamente aplicada.

Y es que el cuchillo utilizado por los imputados, si bien es un objeto que normalmente se emplea para otras actividades, fue transformado en arma por el destino dado, toda vez que surge claramente de la lectura de los presentes actuados que fue usado como medio contundente y amenazante para reducir a la víctima.

Así, el medio intimidatorio empleado, denota el concepto de arma, que incluye a todo objeto con suficiente capacidad vulnerante -aptitud de causar heridas corporales capaces de ocasionar la muerte- y que coloca a quien la esgrime en situación de ventaja (conf. C.C.C. Sala V c/nº 17.341 “Scorcucchi, Roberto S.” rta. 23/10/01).-

También comparto lo expresado por la Sala III de esta alzada al mencionar que: *“El concepto de arma debe limitarse a las armas propias, pues la calificación pretoriana de armas impropias implicaba una analogía in malam parte. Para saber que elemento constituía arma debía establecer una relación entre le género “arma” y la especie del elemento que se trate siempre -claro está- dentro del límite de la aplicación del principio de máxima taxatividad interpretativa. Que el elemento secuestrado “cuchillo tramontina” es uno de los supuestos en donde -por su esencia- encuadra en la doble categoría de arma blanca y utensilio de cocina. De esa manera, al ser el “arma blanca” una especie del género “arma”, entiendo que el medio empleado para cometer el robo, encuadra en el agravante del art. 166 inc. 2 del C.P.N. Razón por la cual no resulta procedente la alegada violación del principio de legalidad. La duración del robo no constituye un elemento exigido por el tipo y sí lo es -en cambio- el desapoderamiento y la utilización del arma para lograr tan fin. Tampoco lo es la circunstancia de*

Cámara Nacional de Casación Penal

que la víctima quedara inmovilizada pues precisamente ello ocurrió, cuando fue tomado por el cuello y pudo ver un resplandor que luego se constató que era un arma blanca... (ver mutatis mutandi, Sala III c/nº 6530 “Bravo, Alejandro Fabio s/recurso de casación” rta. 20/12/2006 reg. Nº 561.06.3) .-

III. Para finalizar, en lo que respecta al agravio vinculado a la imposición de una pena superior a la solicitada por el fiscal, habré de discrepar con los votos que anteceden en virtud de lo que ya he tenido oportunidad de mencionar al votar en la causa 7902, “Corso, Teresa Rafaela s/ recurso de casación”, reg. 11.707, rta. el 29/4/09, con cita de un precedente de la Sala III de esta Cámara, “...*que los señores magistrados deban quedar constreñidos a una evaluación de los hechos, la interpretación del derecho y a la pena pretendida por el fiscal, importa mantener ficticiamente y burlar el principio que sostiene que los jueces resuelven -también llamado poder de decisión, que deriva del ejercicio de la jurisdicción, y en virtud del cual dirimen con fuerza obligatoria la controversia y deciden sobre la existencia del hecho ilícito penal-, habida cuenta que en realidad la solución estaría ínsita y predeterminada, y vendría impuesta por el requerimiento fiscal... tal situación comportaría una inequívoca connotación dispositiva de la acción penal, que al tornar vinculante el alegato final del fiscal de juicio para los jueces encargados -por la Constitución y las leyes- de sentenciar, se traduciría también en una manifiesta afectación del principio del juez natural, en virtud del cual “... nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias ...” (conf. artículo 18 de la Constitución Nacional y artículo 1º del Código Procesal Penal de la Nación)...” (CNCP; Sala III; causa nro. 4281, “Mansilla.*

Nicolasa A. y otros s/ recurso de casación”, rta. el 18/6/2003).

En nada se ve afectado el principio de la *reformatio in pejus*, pues, tal como lo ha dicho el Máximo Tribunal, “*La jurisprudencia de la Corte Suprema, con arreglo a la cual es violatoria de la defensa en juicio la sentencia que condena al procesado o agrava la pena impuesta si el fiscal de cámara no mantiene el recurso interpuesto por el agente fiscal contra el fallo del juez, no es aplicable al caso en que, mediando acusación fiscal, las sentencias de primera y segunda instancia han impuesto una sanción más grave que la solicitada por el Ministerio Público Fiscal. El art. 18 de la Constitución Nacional no sustenta el recurso extraordinario contra el fallo dictado en esas condiciones, desde que no resultan omitidas las formas substanciales del proceso y la solución del punto debatido sólo depende de la interpretación de las disposiciones que gobiernan el ordenamiento y decisión de las causas criminales*” (Fallos 237:190). IV.

Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde se rechace *in totum* el recurso de casación interpuesto por la defensa de los encausados, sin costas (arts. 530 y 531 *in fine* del C.P.P.N.).

En mérito a las conclusiones arribadas, no existiendo mayoría respecto de la sanción a imponer a cada uno de los imputados, el Tribunal se encuentra obligado a determinar el monto punitivo aplicable actuando la norma del último párrafo del art. 398 del código adjetivo. Por ello, el Tribunal, **RESUELVE:**

HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación en cuanto a la graduación de la pena se refiere sin costas y en consecuencia, **CASAR** los puntos I de la sentencia **CONDENANDO** en definitiva a JHON GABRIEL HERNÁNDEZ ó RUBÉN HERNÁNDEZ ó RUBÉN HERNÁNDEZ FAX ó JHONY FERNÁNDEZ ó LEONARDO CLEQUE PEREYRA, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido con arma, en concurso real con robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda (causa 3104), en

Cámara Nacional de Casación Penal

concurso real con el delito de robo simple en calidad de autor (causa 3113) (arts. 45, 55, 164, 166, inc. 2° y 167 inc. 2° del Código Penal) a la **PENA DE 5 (CINCO) AÑOS, 1 (UN) MES Y 15 (QUINCE) DÍAS DE PRISIÓN**, accesorias legales y costas y **CONDENANDO** a RUBÉN HERNÁNDEZ FAZ ó LEONARDO CLEQUE PEREYRA ó RUBÉN FERNÁNDEZ FAZ O SEBASTIÁN CLAUDIO MENÉNDEZ NÚÑEZ, como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido con arma (arts. 45 y 166, inc. 2° del Código Penal) a la **PENA DE 4 (CUATRO) AÑOS Y 6 (MESES) DE PRISIÓN**, accesorias legales y costas (arts. 5, 12, 29 inc. 3° del Código Penal y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

GUSTAVO M. HORNOS

MARIANO GONZALEZ PALAZZO

AUGUSTO M. DIEZ OJEDA

Ante mí:

NADIAA. PÉREZ

Secretaria de Cámara