

## TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CÓRDOBA

RECURSO DE CASACION. *Motivo formal*. Agravio relativo a la vulneración de las reglas de la sana crítica racional (art. 413 inc. 4°, CPP): *fundamentación*. ROBO CON ARMAS (art. 166 inc. 2° CP): *alcances de la expresión "con armas"*.

### SENTENCIA NUMERO: CIENTO DOS

En la Ciudad de Córdoba, a los quince días del mes de mayo de dos mil doce, siendo las once horas, se constituyó en audiencia pública la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, presidida por la señora Vocal Dra. Aída Tarditti, con asistencia de las señoras Vocales doctoras María Esther Cafure de Battistelli y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, a los fines de dictar sentencia en los autos "*DIAZ, Carlos Daniel p.s.a. robo calificado, etc. -Recurso de Casación-*" (Expte. "D", 16/11), con motivo del recurso de casación interpuesto por el Dr. Francisco José Sesto, defensor del imputado Carlos Daniel Díaz, en contra de la sentencia número tres, del tres de marzo de dos mil once, dictada por la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de esta ciudad.

Abierto el acto por la Sra. Presidente se informa que las cuestiones a resolver son las siguientes:

PRIMERA CUESTION: ¿Es nula la sentencia por no encontrarse debidamente fundada?

SEGUNDA CUESTION: ¿Se ha aplicado erróneamente el art. 166 inc. 2°, 3er. Párrafo del C.P.?

TERCERA CUESTIÓN: ¿Qué solución corresponde dictar?

Las señoras Vocales emitirán sus votos en el siguiente orden: Dras. María Esther Cafure de Battistelli, Aída Tarditti y María de las Mercedes Blanc G. de Arabel.

A LA PRIMERA CUESTION:

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Por sentencia n° 3, del 3/3/11, la Cámara en lo Criminal de Segunda Nominación de esta ciudad, resolvió: "Declarar que Carlos Daniel Díaz, ya filiado, es co-autor del delito de robo calificado y violación de domicilio en concurso real, en los términos de los arts. 45, 166 inc. 2do., 3er. Párrafo, 150 y 55 del C.P., y por unanimidad imponerle la pena de TRES

AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con trabajo obligatorio, adicionales de ley y costas (arts. 5, 9, 12, 40 y 41 del C.P. y 550/551 del C.P.P.)...” (fs. 258).

II. El Dr. Francisco José Sesto, interpone el presente recurso de casación en contra del decisorio mencionado y a favor del imputado Carlos Daniel Díaz.

Con invocación del motivo formal de casación, el recurrente manifiesta que la sentencia es nula pues carece de fundamentación en orden a la participación de su defendido en el hecho por el que se lo condenó (fs. 259 vta.).

Señala, que su asistido al ejercer su defensa material negó rotundamente haber participado en el hecho atribuido y dio cuenta de la actividad laboral por él desplegada el día que ocurrió el hecho, y los testigos que acreditaban tal extremo (fs. 259 vta.).

Su padre, Héctor Daniel Díaz, manifestó que ese día (30/3/10) estuvieron realizando trabajos de reparación en un salón de fiestas desde las 09:00 hs. hasta las 15:00 hs. y desde allí se trasladaron a otro trabajo y que su hijo, no se separó de él ni un solo instante (fs. 260).

A su versión, también lo corroboró con el testimonio de Adolfo Zlauvinen, quien confirmó la actividad desplegada por el imputado el día y la hora en la que se produjo el hecho de la causa (fs. 260).

A ello se suma, que no se ha secuestrado ninguno de los efectos sustraídos que pudieran vincularlo al contexto del presente hecho (fs. 260).

Además de ello, la constatación de visu efectuada por el Tribunal durante el debate acerca de la inexistencia en el rostro del imputado de la evidente seña particular que la testigo Lorena Andrea Guerrero, desde el primer momento de la investigación, y en varias oportunidades (testimonios, recorrido fotográfico, reconocimiento de persona) sostuvo –en forma categórica- que unos de los ladrones tenía en el costado izquierdo del rostro, una profunda cicatriz que corría en sentido vertical desde el pómulo hacia abajo, lo que no se corresponde con el imputado (fs. 260 vta.).

Para el quejoso, el a quo ha efectuado un análisis parcial de las pruebas introducidas, excluyendo arbitrariamente la defensa material del imputado y las demás pruebas que corroboraban sus dichos. Alega, que la condena se sustenta sólo en un reconocimiento de persona que carece de eficacia probatoria (fs. 261).

III.1. Entrando al análisis del recurso, se avizora que su crítica se dirige a la fundamentación probatoria de la sentencia pues a su ver no existen elementos suficientes para sustentar la participación de su defendido en el hecho por el que se lo condenó.

2. Esta Sala ha sostenido, en lo que respecta a la fundamentación probatoria, que es competencia de este Tribunal de casación, verificar “*la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto*”, con el único límite de lo que no resulte revisable, esto es, “*lo que surja directa y únicamente de la inmediación*” (C.S.J.N., 20/09/05, “Casal”). Ahora bien; si la obligación constitucional y legal de motivar la sentencia impone al Tribunal de mérito -entre otros recaudos- *tomar en consideración todas las pruebas fundamentales legalmente incorporadas en el juicio* (DE LA RÚA, Fernando, *La casación penal*, Depalma, 1994, p. 140; T.S.J., Sala Penal, S. n° 44, 8/06/00, “Terreno”, entre muchos otros), y efectuar dicha ponderación *conforme la sana crítica racional* (art. 193 C.P.P.), resulta claro que el recurso que invoca la infracción a las reglas que la integran -lógica, psicología, experiencia- debe también contraponer un análisis de todo el cuadro convictivo meritado, y en función de éste, a su vez, evidenciar la decisividad del vicio que se denuncia (art. 413 inc. 4°, C.P.P.).

De allí que resulta inconducente una argumentación impugnativa que se contenta sólo con reproches aislados que no atienden al completo marco probatorio o que esgrime un defecto carente de trascendencia en una apreciación integrada de aquél. En tales supuestos, al no efectuar un abordaje que agote las distintas premisas que sostienen la conclusión que causa agravio, la crítica no alcanza a enervarla y la decisión transita incólume el control casatorio (T.S.J., Sala Penal, “Martínez”, S. n° 36, 14/03/2008).

3. El Tribunal a quo tuvo por acreditada la participación de Díaz en el hecho de robo calificado, en base a las siguientes probanzas:

\* Lorena Andrea Guerrero, la testigo presencial del hecho, en la audiencia, señaló que eran dos los delincuentes que ingresaron al domicilio, que tanto a ella como a Tomás Bas –el otro morador de la vivienda- los trasladaron al baño del dormitorio principal. Uno de ellos, el mayor de edad, fue quien comenzó a revolver el vestidor, y como la puerta del baño se encontraba abierta, logró ver a través del espejo del antebañó el perfil de dicho sujeto, advirtiéndole incluso que el mismo tenía una cicatriz en su rostro, cree que del lado izquierdo. Lo describió como un hombre de 29 o 30 años de edad, delgado, de alrededor 1,67 mts. de estatura, tez trigueña, ojos oscuros, nariz derecha, labios gruesos bien marcados, con rostro bien afeitado, por lo cual se podía advertir en una de sus mejillas una marca o cicatriz (fs. 252 vta.).

\* Tomás Bas, manifestó que de los dos sujetos sólo pudo ver bien a uno (morocho, con pelo cortito) el que según le dijo la empleada tenía una cicatriz, pero él no alcanzó a ver ese detalle (fs. 252 vta.).

\* El señalamiento efectuado en el recorrido fotográfico por Lorena Guerrero, quien reconoció con seguridad al retratado en la foto n° 91784, que correspondía al acusado Carlos Daniel Díaz (fs. 253).

\* El resultado positivo del reconocimiento en rueda de personas, realizado por ambos testigos (Guerrero y Bas) (fs. 123; 124 y 253).

\* La reconstrucción gráfica del rostro ejecutada a partir de los datos brindados por la testigo Guerrero (fs. 39), que se corresponde con la fotografía del imputado

\* El informe de la inspección corporal efectuada a Díaz hace referencia a la existencia de una cicatriz en el rostro, de antigua data, de 3 x 3 cm. Ubicada en forma horizontal en región malar derecha (fs. 138/139; 253).

La suma de estos elementos probatorios no deja margen de duda alguno que el imputado Carlos Daniel Díaz, fue uno de los delincuentes que cometió el hecho de robo por el que se lo condenó. La sindicación indubitada de ambos damnificados que pudieron verlo a través del espejo, quienes fueron coincidente a la hora de aportar sus datos físicos.

Adviértase que fue la mujer quien más reparó en los aspectos físicos del malviviente, pues no sólo vio de frente cuando fue sorprendida en la vereda de la casa sino también porque los observó con más detalle por el espejo del baño, cuando ella fue trasladada junto a Tomás Bas a uno de los dormitorios. A partir de las características brindadas por ella -al día siguiente el hecho-, la policía judicial confeccionó un retrato que se correspondía plenamente con la fotografía del imputado que esta testigo individualizó en el recorrido fotográfico. Con estos señalamientos permitió a la policía solicitar a la autoridad judicial la orden de detención.

Una de las peculiaridades físicas de uno de los delincuentes, que la testigo Guerrero describió, era una cicatriz en su rostro que se corresponde con la marca que portaba en su cara el imputado -ver inspección corporal-. Sobre este aspecto se concentró el ataque del recurrente, reeditando lo alegado en la audiencia, respecto al término "prominente" que figuraba en su primera declaración, lo que no se compadecía con la apreciación de visu del imputado y el informe de la inspección corporal. Esta diferencia fue zanjada por la testigo, quien expresó "que no recordaba haber empleado esa expresión -prominente- sino que aludió a una cicatriz o marca bien definida, y sería lo que interpretó la persona quien receptó su declaración". Esta última afirmación resulta razonable pues el cotejo de su primer declaración,

al principiar su relato solo alude a una cicatriz (fs. 11), y que pudo apreciarla porque el delincuente tenía el rostro rasurado.

Además, las diferencias existentes con la descripción de la cicatriz aportada por Guerrero (tamaño, ubicación y forma), con la que presentaba el imputado en su rostro, tal como lo apuntó el a quo deben ser ponderadas en un ámbito de marcado estrés y tensión, frente a la amenaza de muerte con armas de fuego y muy probablemente con visualizaciones fugaces. En cuanto a la diferente ubicación, se debe a que la mujer lo observó a través de un espejo, lo que fácilmente pudo llevar a una errónea apreciación.

Más allá de estas diferencias, lo cierto es que ambos damnificados no dudaron en sindicarlo al imputado con prescindencia de la cuestionada cicatriz. Así fue tanto en el recorrido fotográfico, como en los actos de reconocimiento, con certeza lo individualizaron, lo que resulta indicativo de que la sindicación partió de un examen físico total y no solo de la cicatriz que era visible.

Estas razones, no dejan margen de duda alguna sobre la certeza de su participación en el hecho por el que se lo condenó. En tanto los testimonios que avalarían su coartada, no resultan dirimentes para desvirtuar las pruebas contundentes que lo involucran en el hecho delictivo. Encuentro razonable lo esgrimido por el a quo para desvirtuarlos, pues por una parte, a su padre por denotar un interés en beneficiar a su hijo. Por otra, el testigo Zaluvinen, además de no precisar si el día del hecho el imputado estuvo arreglando el cartel, tampoco si había sido él quien había concurrido a trabajar con el padre. Es que el declarante refirió que el hombre siempre iba a trabajar con un hijo: a veces uno flaquito, alto, morocho que tiene una cicatriz en la cara y otras veces otro que es más bajo, más gordito y rubio, menor que el primero (fs. 254 vta.).

Las pruebas adecuadamente valoradas por el a quo, dan certeza de la autoría de Díaz en el hecho que se le endilgó, desvirtuando su posición exculpatoria.

Voto pues por la negativa.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

La señora Vocal María Esther Cafure de Battistelli, da, a mi juicio las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

## A LA SEGUNDA CUESTION

La señora Vocal doctora María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

I. Bajo el motivo sustancial, el impugnante sostiene que el juzgador ha inobservado el art. 164 del C.P. Ello así, pues de las circunstancias fácticas establecidas por el a quo, se desprende que los asaltantes en ningún momento empuñaron sus armas para cometer los desapoderamientos, sino que se limitaron a exhibirlas para intimidar. El hecho por tanto, para el quejoso se encuadra en la figura básica del robo y no en la calificada por el empleo de arma (fs. 262).

II. El Tribunal a quo, estableció la siguiente plataforma fáctica –en lo que aquí interesa: *“...fue abordada por Carlos Daniel Díaz y otro sujeto –no identificado por la instrucción-, llevando ambos en la cintura sendas armas de fuego tipo pistola, presumiblemente calibre 22 mm. –no secuestradas en autos, como así tampoco acreditada de alguna manera su aptitud para el disparo-... Seguidamente Díaz exhibió el arma de fuego que llevaba en la cintura en actitud amenazante, levantándose la remera, y le manifestó a la mujer “no te muevas y entrá”, por lo que obedeciendo la orden impartida, Guerrero ingresó al domicilio escoltada por ambos sujetos... apoderándose del dinero y efectos detallados”* (fs. 250).

III. El impugnante procura modificar la calificación legal de robo con arma no operativa -CP, 166, inc. 2, último párrafo- dispuesta por el Tribunal al hecho atribuido a su asistido Díaz, solicitando que en su lugar se aplique la figura de robo simple -CP, art. 164-.

La cuestión traída a estudio se circunscribe a la expresión “con armas”, pues según el recurrente para que se configure la agravante el inc. 2° del art. 166, se requiere su empuñamiento.

Al respecto, hay un consenso mayoritario en doctrina, para admitir que se requiere la utilización de una arma para cometer el ilícito, sea físicamente o blandiéndolas como amenaza, lo importante es que exista relación entre el uso del arma como medio violento o intimidatorio y el apoderamiento como fin (Cfr. Fontán Balestra, Derecho Penal, Parte Especial, Ed. Abeledo- Perrot Lexis Nexis, Bs. As., 2003, pág. 454; NUÑEZ, Ricardo C., “Derecho Penal Argentino”, T. V., Bs. As., Ed. Bibliográfica Argentina, Bs. As., 1967, pág. 240).

Si uno de los fundamentos para agravar la figura básica del robo – por el uso de arma-, reside en la intimidación de la víctima de quien utiliza un arma para delinquir, bastará entonces que se la emplee en forma tal para que se concurra la calificante. Por tanto, se requiere que el autor la emplee, exhiba o muestre de algún modo, de manera que amedrente a

la víctima a fin de lograr su propósito. Es por ello que *no se advierte diferencia alguna entre quien extrae el arma y quien la muestra en su cintura o se levanta la remera para hacerla ostensible o la coloca en un lugar visible, a los efectos de que cumpla con la función que le es propia, pues de este modo la emplea como medio de ejecución aunque no apunte con ella, pues cumple con la misma finalidad al aumentar la intimidación y causar el mismo riesgo al sujeto pasivo* (Baigún-Zaffaroni, “Código Penal”, T. 6, Ed. Hammurabi, pág. 291).

En el subexamine, la calificante se encuentra aplicada conforme a derecho. Ello así, desde que el imputado además de exhibir el arma de fuego –pistola presumiblemente calibre 22 mm.-, cuya operatividad no pudo acreditarse y que llevaba en la cintura, la utilizó de una manera “amenazante”, ordenándole a la mujer “no te muevas y entrá”, obligando a la víctima a ingresar al domicilio franqueando así su ingreso para luego sustraerle los efectos de valor existentes en su interior.

En razón de lo expuesto, se advierte que el recurrente al exigir que se “empuñen” las armas de fuego –arma propia-, para la aplicación de la agravante pretende con ello una interpretación que la norma no requiere.

Voto negativamente.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

La señora Vocal preopinante, da a mi juicio las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

A LA TERCERA CUESTION

La señora Vocal doctora, María Esther Cafure de Battistelli, dijo:

Como resultado del acuerdo precedente, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por el Dr. Francisco José Sesto, en defensa del imputado Carlos Daniel Díaz. Con costas (C.P.P., 550/551).

Así, voto.

La señora Vocal doctora Aída Tarditti, dijo:

La señora Vocal preopinante, da a mi juicio las razones necesarias que deciden correctamente la presente cuestión. Por ello adhiero a su voto, expidiéndome en igual sentido.

La señora Vocal doctora María de las Mercedes Blanc G. de Arabel, dijo:

Estimo correcta la solución que da la señora Vocal del primer voto, por lo que, adhiero a la misma en un todo, votando, en consecuencia, de igual forma.

En este estado, el Tribunal Superior de Justicia, por intermedio de la Sala Penal;  
RESUELVE: Rechazar el recurso de casación interpuesto en autos por el Dr. Francisco José Sesto, a favor del imputado Carlos Daniel Díaz. Con costas (C.P.P., 550/551).

Con lo que terminó el acto que, previa lectura y ratificación que se dio por la señora Presidente en la Sala de Audiencias, firman ésta y las señoras Vocales de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, todo por ante mí de lo que doy fe.