

Causa nº 14.807 -Sala I

ZALLO ECHEVERRÍA, Juan Manuel
s/ recurso de casación.

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. Nº 19.619

///la Ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 6 días del mes de junio de 2012, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal, integrada por el doctor Raúl R. Madueño como Presidente, y los doctores Mariano H. Borinsky y Luis María Cabral como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial en esta causa Nº 14.807, caratulada: "Zallo Echeverría, Juan Manuel s/recurso de casación", de cuyas constancias **RESULTA:**

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal nº 28 resolvió -en lo que aquí interesa- **I.** Condenar a Juan Pablo Zalloecheverría o Juan Manuel Zalloecheverría o Juan Pablo Zallo Echeverría o Juan Manuel Zallo Echeverría a la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo con armas (arts. 12, 29 inc 3º, 45 y 166 inc 2º del C.P.) y declararlo reincidente (art. 50 y cc. del Código Penal) (cfr. fs. 440/455).

Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación la defensa oficial de Zallo Echeverría, el que concedido, fue mantenido en esta instancia (fs. 463/495, 496/497 y 504 respectivamente).

2º) Que el recurrente estimó procedente el recurso de casación en virtud de lo establecido en el artículo 456, incisos 1º y 2º del C.P.P.N.

En primer lugar, sostuvo que "*...del simple confronte de las manifestaciones brindadas por la damnificada y por el personal policial durante el juicio se advierte... que el testimonio de la víctima no resulta suficiente para involucrar a mi defendido en el hecho investigado pues ningún testigo*

ajeno presenció el hecho y en consecuencia no se desvirtuó - contrariamente a lo sostenido por el tribunal- la presunción de inocencia del que goza mi defendido por mandato constitucional..." (fs. 472).

En punto a ello destacó que "...con sólo confrontar la declaración efectuada por la damnificada durante el debate y aquellas realizadas en sede policial y judicial... se advierte la carencia de confiabilidad de sus dichos pues incorpora datos fácticos -hechos- ausentes en sus declaraciones previas, y además contradice la versión que el personal policial brindó desde el inicio del proceso y confirmó durante el juicio..." (fs. 473/473 vta.).

Además destacó "...la carencia de secuestro de elementos incriminantes que permitan vincular a mi defendido con la maniobra delictiva denunciada por la Sra. Leduc..." (fs. 476).

Por otra parte, el casacionista se agravió al entender que "...si bien no existió disparidad en la calificación jurídica escogida por el Sr. Fiscal y los Sres. Jueces pues aplicaron la figura agravada de robo con armas -art. 166 inc. 2º del C.P-, la base fáctica si se vio modificada por el Tribunal con la consecuente afectación del debido proceso y de la defensa en juicio, y ello se advierte de la sola lectura de los fundamentos brindados al formular la adecuación jurídica. Concretamente, los hechos que fueran valorados por el Tribunal para dictar la sentencia condenatoria en orden al delito de robo con arma impropia difieren de aquellos sobre los que el Sr. Fiscal formuló su imputación calificando la conducta en la figura de robo con arma de uso civil..." (fs. 478/478 vta.).

En efecto, señaló que "...se requirió la elevación a

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. Nº 19.619

juicio y el Sr. Fiscal acusó en el debate por haber rociado con gas pimienta el rostro de la damnificada para lograr así el desapoderamiento de diversos bienes de su propiedad, acusación efectuada sobre la hipótesis de un arma propia (arma de uso civil), mientras que la sentencia tuvo por acreditado que ese desapoderamiento se efectuó mediante el rocío de un producto irritante, calificando el hecho como arma impropia...", circunstancia frente a lo cual entendió violado el principio de congruencia.

Continuó precisando que "...no desconozco que ambas conductas se fundamentan desde la misma norma (art. 166 inc. 2º C.P.) pero una cosa es desapoderar utilizando un arma que por definición legal así ha sido calificada por el legislador (hipótesis de la acusación) y otra muy distinta, es desapoderar con la utilización de "algo" que, según cómo haya sido utilizado y el efecto que haya tenido sobre la víctima (hipótesis de sentenciantes) pueda ser interpretada como un arma aunque técnicamente no lo sea. Y esta diferencia de conductas modifica necesariamente la significación jurídico penal de la acción por la cual -de manera novedosa- se lo condenó a mi defendido..." (fs. 479 vta.).

Expresó que tal decisión jurisdiccional "...implicó menoscabar la defensa en juicio de mi defendido pues ambas conductas -utilización de un arma propia y utilización de arma impropia- exigen el despliegue de defensa diferente para cada una de las conductas imputadas, aspecto esencial del que esta defensa se vio privada..." (fs. 480).

Puntualizó luego que "...fundamentalmente no pudo desarrollar durante la sustanciación del juicio el que sería su principal argumento de descargo: la prohibición de aplicar

analógicamente el tipo penal previsto en el art. 166 inc. 2º del Código Penal a un supuesto no previsto en la norma, es decir, que "un producto irritante" no puede ser considerado arma..." (fs. 481).

Por otra parte entendió que "...tampoco resulta aplicable la figura agravada toda vez que, conforme se desprende de una correcta valoración de las probanzas incorporadas a la causa, no se encuentra acreditado que la sustancia rociada haya generado un mayor poder ofensivo a mi defendido, ni que haya generado -ni subjetiva ni objetivamente- mayor peligro para la víctima, aspectos que constituyen fundamentos de la agravación del robo..." (fs. 482 vta.).

Asimismo se agravió el casacionista "...de la declaración de reincidencia impuesta por el Tribunal pues la aplicación del art. 50 del Código Penal no formó parte de la acusación fiscal durante el debate, y en consecuencia, los sentenciantes se extralimitaron en su función jurisdiccional..." (fs. 487).

*Por último, planteó la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia con fundamento en la alegada afectación a los principios de derecho penal de acto, de culpabilidad y de resocialización como fin de la pena privativa de la libertad y a la garantía del *ne bis in idem*, consagradas en los arts. 18 y 19 de nuestra Carta Magna (cfr. fs. 488/493 vta.).*

Sobre la base de las consideraciones señaladas, solicitó que se deje sin efecto la decisión atacada, haciendo reserva del caso federal (cfr. fs. 494/495).

3º) Que durante el plazo del art. 465 del C.P.P.N. y en la oportunidad del art. 466 ibídem, el señor Defensor Oficial Ad-Hoc de Zallo Echeverría, presentó el

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. Nº 19.619

escrito que luce a fs. 506/508 vta. por medio del cual solicitó que se haga lugar al recurso de casación impetrado.

4º) Que durante el trámite previsto por el art. 468 del C.P.P.N. se efectuó la audiencia allí prevista con la presencia de Juan Manuel Zallo Echeverría y la Sra. Defensora Pública Oficial, Dra. Mariana Grasso, quien reiteró los agravios formulados en el remedio impetrado.

Luego de ello, las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas. Efectuado el sorteo de ley para que los señores jueces emitan su voto, resultó el siguiente orden sucesivo de votación: doctores Mariano H. Borinsky, Raúl R. Madueño y Luis María Cabral.

El doctor Mariano H. Borinsky dijo:

-I-

En trance de abordar las cuestiones traídas a estudio por la defensa es menester, en primer término, reproducir los extremos que constituyen el núcleo fáctico que el Tribunal de juicio tuvo por acreditado en el pronunciamiento puesto en crisis.

En punto a ello el Tribunal ha tenido por acreditada "*...la materialidad del hecho traído a juicio en las circunstancias de tiempo, lugar y modo descriptas por el requerimiento de elevación a juicio. En efecto, a partir de los dichos de Luzia Leduc de Schem, tenemos por acreditado que mientras la nombrada caminaba por la calle Venezuela de esta Ciudad, fue interceptada por quien a la postre resultó ser Juan Pablo Zallocheverría, quien se acercó y le roció un producto irritante en su rostro. Aprovechando los efectos causados por este en la cara de la damnificada, tomó la cartera que ella portaba comenzando un forcejeo entre ambos, lo que provocó que*

la damnificada cayera al suelo y sufriera diversos daños. Finalmente fue despojada de la cartera, la cual contenía diversos objetos debidamente descritos en el requerimiento a donde nos remitimos, entre otros, integrado especialmente por documentos de identificación y tarjetas bancarias, teléfono celular, así como cinco mil pesos en efectivo..." (fs. 453/453 vta.).

El núcleo fáctico descrito se tuvo por demostrado -en lo substancial-, tal como señalara el a quo "...no sólo por el testimonio brindado por la víctima, sino además por el reconocimiento posterior que la misma realizó en rueda de personas del aquí enjuiciado..." (fs. 453 vta.).

En efecto, y en relación al agravio introducido por la defensa referente a que "...sólo contamos con un único testigo del hecho, el cual...no resulta confiable y sus dichos no poseen la certeza necesaria como para otorgarle credibilidad..." el Tribunal acertadamente entendió que "...los dichos de la damnificada no son contradictorios, como sostiene el Dr. Ferrari, a los realizados en la etapa de instrucción... en donde relató el hecho y las características morfológicas de la persona que la acometió el 8 de marzo de 2010. Es más, un día después de los hechos, en el momento en que se dispone la rueda de reconocimiento en la Alcaldía del Palacio de Justicia, identifica a Juan Manuel Zallocheverría como el autor del mismo a pesar de encontrarse en dicha oportunidad con diferente vestimenta..." (fs. 447).

Asimismo destacó que "...respecto de la declaración en el debate de la damnificada cabe señalar que la misma fue bastante extensa y producto de un gran esfuerzo que tuvo que hacer la misma para tratar de brindar la mayor

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. Nº 19.619

cantidad de detalles solicitado por las partes, en especial por el Defensor Oficial, pese a que se percibió que revivir aquel episodio delictivo le generaba una gran ansiedad y angustia..." (fs. 446 vta/447).

Valoró a su vez que "...pese a tratarse de la damnificada, de la cual no se puede descartar un interés especial en la resolución de la causa, su actitud fue la de colaborar de buena fe y con objetividad, pues dio detalles cuando lo recordaba pero aceptando su pérdida de memoria en otras circunstancias. En otras palabras, no se preció un espíritu vindicativo. Así las cosas no son aceptables las críticas del defensor en tachar el valor del principal testigo de cargo..." (fs. 447).

Al respecto, he de señalar que la "especial fuerza probatoria del testimonio en el régimen de la oralidad, donde los testigos son oídos directamente por los jueces encargados de juzgar, se extrae no sólo del contenido sino también del modo en que responden al interrogatorio, y demás circunstancias que son especialmente apreciables por el tribunal de mérito en tanto no se demuestre que el juzgador ha caído en absurdo o en infracción a las reglas de la sana crítica" (confr. esta Sala in re "Solís, Juan Carlos s/ recurso de casación", causa nº 490, registro nº 542, rta. el 5/9/95).

De todos modos, y en consonancia con lo declarado por la damnificada -tal como destacara el Tribunal- se cuenta con los testimonios brindados por el personal policial preventor -Nelson Martín Coria y Alfonso de Jesús Masía- quienes fueron contestes al declarar sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desarrollaron los hechos descriptos ut supra.

Ahora bien, compulsando el razonamiento desarrollado por el juzgador meritando el plexo cargoso, tengo para mí que el juicio de reproche formulado respecto de Juan Pablo Zallo Echeverría reposa en un cuadro probatorio prudentemente valorado, con estricto apego a las reglas de la sana crítica, habiendo analizado el tribunal pormenorizadamente el descargo formulado por aquél, descartando su versión exculpatoria tras contrastarla con el resto del plexo cargoso.

Ello por cuanto no se advierte -ni la defensa logra demostrarlo- supuesto de arbitrariedad alguno en la sentencia bajo análisis, al haber tenido el Tribunal por acreditado el suceso por el cual Zallo Echeverría ha sido condenado en estas actuaciones, mediante una valoración conjunta y conforme las reglas de la sana crítica, de cada una de las pruebas arrimadas en relación al suceso -en especial los testimonios vertidos por la damnificada, los del personal policial interviniente y el reconocimiento en rueda que hiciera la víctima del aquí imputado-.

En virtud de lo referido, cabe asimismo desechar la configuración de un estado de duda que -por imperio del principio consagrado en el artículo 3° del ordenamiento adjetivo- importe la absolución del encartado, ello en tanto, y como reiteradamente ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la duda no puede reposar en una pura subjetividad, sino que ese especial estado de ánimo debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso (Cfr. en igual sentido C.S.J.N. Fallos: 312:2507; 313:559; 314:83; 346 y 833; 315:495, entre muchos otros), tarea esta última que ha sido llevada adecuadamente por el Tribunal de juicio.

-II-

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. Nº 19.619

Seguidamente habré de expresar las razones por las que considero que en el *sub iudice* no medió violación al principio de congruencia.

Es menester señalar que si bien el art. 401 del C.P.P.N. faculta al tribunal de juicio para otorgar al hecho investigado la calificación legal que estime ajustada a derecho, con prescindencia del *nomen iuris* contenido en el requerimiento de elevación, dicha tarea debe ser llevada a cabo sin modificar la base fáctica sometida a juzgamiento.

Adviértase que el último párrafo del art. 401 del código ritual establece que "*...si resultare del debate que el hecho es distinto del enunciado en tales actos, el tribunal dispondrá la remisión del proceso al juez competente*", de lo que claramente se deduce que el principio *iura novit curia* debe ser ejercido por el tribunal con estricto apego a la inalterabilidad del *factum* imputado durante la instrucción de las actuaciones (cfr. en igual sentido "Valiño, Federico Javier s/recurso de casación", Sala IV, causa nº 12.926, rta. el 14/04/2012, registro nº 601/12).

Con relación a la recta exégesis de la mencionada norma, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que "*en orden a la justicia represiva, es deber de los magistrados, cualesquiera que fuesen las peticiones de la acusación y la defensa o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, precisar las figuras delictivas que juzgan, con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, pero este deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyeron la materia de juicio*" (Fallos 316:2713), pues "*cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se*

juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquél sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva" (Fallos 314:333, 315:2969, 319:2969).

De tal doctrina se desprende que el tribunal puede modificar la calificación jurídica que le fuera asignada al hecho en el acto acusador (art. 401 del C.P.P.N.), aunque de ello derive la aplicación de una pena más severa, en tanto no implique suplir una eventual inactividad del Ministerio Público en el ejercicio de las facultades que le acuerda el art. 381 del C.P.P.N. y siempre que, además, tal modificación no provoque posibilidades defensivas distintas a las ejercidas frente a la anterior calificación.

En efecto, cabe mencionar que *"el juicio penal debe tener por base una acusación correcta y oportunamente intimada (Fallos: 125:10; 127:36; 189:34 y 308:1557), sin la cual el imputado no podría defenderse adecuadamente"*, y que lo que debe evaluarse es la posibilidad que tuvo la defensa de colocarse en una posición capaz de resistir la acusación, para lo cual es necesario verificar si la sentencia contuvo alguna precisión que hubiera podido significar una "sorpresa" para el imputado, es decir algo que no haya podido rebatir (confr. C.S.J.N., expediente M. 866. XXXVI, "Marcilese, Pedro Julio y otro s/ homicidio calificado", voto del doctor Carlos S. Fayt).

Así las cosas, entiendo que en definitiva lo decisivo es que la sentencia condenatoria recaiga sobre el mismo hecho que fue objeto de acusación con posibilidad de que los acusados ejerciten sus defensas durante el debate en el más amplio sentido, tanto en lo que hace a la materialidad del hecho como a su significación jurídica.

Atento a lo expuesto, y de la compulsión de las presentes actuaciones, se desprende que la agravante establecida en el art. 166 inc. 2º del Código Penal fue puesta en conocimiento de Juan Manuel Zallo Echeverría en la declaración indagatoria de fs. 70/71, como así también al momento de dictarse el auto de procesamiento de fs. 79/83 vta. a su respecto. Dicho auto fue confirmado por la Cámara a quo a fs. 118/118 vta. Finalmente, el fiscal de juicio en su alegato solicitó se condene a Zallo Echeverría, calificando su accionar como constitutivo del delito de robo con armas, en calidad de autor.

Lo verdaderamente relevante, entonces, es que cuando el a quo resolvió calificar la conducta de Zallo Echeverría como "robo con arma", no introdujo ningún elemento fáctico distinto al contenido en la acusación formulada por el señor representante del Ministerio Público Fiscal, ni acudió a una subsunción jurídica sorpresiva sobre la cual el imputado y su defensor no pudieron expedirse en el juicio.

Así, en la sentencia atacada los miembros del tribunal oral no fueron más allá de la jurisdicción que legítimamente les quedara provocada a través del requerimiento de elevación a juicio y el alegato fiscal, pues en efecto la calificación jurídica por la cual acusara el fiscal (art. 166 inc. 2º del C.P.) fue la misma por la cual se condenara a Zallo Echeverría, esta es la contemplada en el art. 166 inc. 2º del C.P.

Asimismo, el derecho de defensa en juicio, consagrado por el art. 18 de la C.N., quedó en la especie debidamente resguardado toda vez que, tal como surge del acta de debate (fs. 433/438 vta.), el imputado y su defensor

podieron ejercerlo efectivamente con relación al suceso por el que en definitiva aquél resultara condenado. En efecto, la defensa interrogó acerca de "...[¿]cómo podemos saber qué es lo que se utilizó o si fue un líquido inocuo para generar distracción[?]..." y "...[¿ que] permite sustentar que fue utilizado o que es compatible con la ley de armas[?]...", circunstancias que me llevan a concluir que para la defensa el hecho de que la sustancia irritante utilizada por su defendido para perpetrar el ilícito pudiera no haber sido exactamente "gas pimienta" (según los términos de la Ley Nacional de Armas y Explosivos) no implicó ni significó una "sorpresa", es decir algo que la defensa no haya podido rebatir, no verificándose entonces la invocada afectación al derecho de defensa.

Por otro lado cabe destacar que tampoco quedó demostrado en autos que la alegada violación al principio de congruencia haya entrañado una diversa posibilidad de defensa no tenida en cuenta por el condenado y su asistencia técnica, en tanto se advierte que los motivos de agravio no son efectivamente demostrados por cuanto la mera invocación de que "distintas hubieran sido las defensas oponibles por esta parte" no implica una efectiva exposición de sus derechos vulnerados, ni de los perjuicios concretos sufridos, ni tampoco de las defensas de las cuales se vio privado de ejercer.

En efecto, no se verifica, ni logra demostrarlo el recurrente, que la circunstancia de que el a quo haya valorado el hecho de que el producto utilizado fuera un "líquido irritante" -no encuadrándolo dentro de la definición de "gas pimienta" de la Ley Nacional de Armas y Explosivos-, implique un efectivo perjuicio que afecte derechos y garantías del imputado que habilite la tacha de la resolución recurrida como acto jurisdiccional válido, más aún cuando la escala penal

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. Nº 19.619

aplicable es idéntica en ambos casos.

Así las cosas, si bien con relación al hecho endilgado el a quo entendió -en razón de las conclusiones a las que arribó luego de valorar el material probatorio rendido en el debate- que el producto irritante no podía encuadrarse como "gas pimienta", pero que, al haber generado un mayor poder ofensivo y mayor peligro para la víctima, el uso del mismo encuadraba como arma impropia por el destino y la forma en que fue utilizado para desahogar a la víctima, lo hizo en el ejercicio de la facultad que expresamente le confiere el art. 401 del C.P.P.N., sin que de ello se derive mutación alguna en la delimitación fáctica que entrañe una diversa posibilidad de defensa no tenida en cuenta por el condenado y su asistencia técnica en la oportunidad conferida por el art 393 del C.P.P.N., por lo que corresponde desechar sin más el cuestionamiento esbozado en tal sentido.

-III-

En punto al agravio consistente en que la conducta endilgada al aquí condenado constituye el delito de robo simple (art. 164 del C.P.) y no el de robo agravado por el uso de arma (art. 166, inciso 2º del C.P.), ya que a juicio de la defensa no solo no cabe extender el concepto de "arma" al de "un producto irritante", sino que tampoco ha quedado demostrado que la sustancia rociada haya generado un mayor poder ofensivo ni mayor peligro para la víctima, he de destacar que de un cuidadoso repaso de los antecedentes legislativos y doctrinarios sobre el punto surge que el Proyecto Tejedor, siguiendo al Código de Baviera, ya definía el término arma como "*todo instrumento con el cual se puede inferir una herida corporal capaz de poner en peligro la vida*" (art. 2, parágrafo

1, título VIII, lib. I, part. II). Asimismo en la nota, como resumen de los textos antiguos, se destacó "que el arma tenía su carácter no tanto por la materia que la forma, como del uso a que se destina; todo lo que puede dañar, omne quod nocendi causa habetur; todos los objetos con los cuales se puede matar o herir, pueden convertirse en armas" (Cfr. Nuñez, Ricardo - "Derecho Penal Argentino" - Parte Especial - Tomo V, pág. 240).

Así las cosas, entiendo que el concepto de arma "...abarca tanto el objeto destinado a la defensa u ofensa -propia-, como el que eventualmente por su poder ofensivo puede utilizarse como medio contundente -impropia- (...); es decir, tanto aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como medio contundente, o sea, todo elemento que aumenta de cualquier modo el poder ofensivo del hombre...Sin embargo... en todos los casos debe tratarse de elementos que posean ex ante a su efectivo empleo, un poder ofensivo de tal magnitud que puedan poner en peligro la vida y la integridad física del sujeto pasivo..." (cfr. Baigún, David y Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Código Penal y normas complementarias", Buenos Aires, Hammurabi, 2009, 1era. edición, pág. 278).

En punto a ello cabe destacar que precisamente por arma debe entenderse tanto aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona -arma propia- como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como medio contundente -arma impropia- (Cfr. Soler, Sebastián - "Derecho Penal Argentino" - Tomo IV, pág. 300).

Sentado cuanto precede cabe concluir que para que un instrumento pueda ser incluido en el concepto de "arma

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. Nº 19.619

impropia", deben acreditarse ciertos requisitos, a saber: en primer lugar, el objeto debe haber sido utilizado en la relación de medio a fin requerida por el tipo legal del robo, ya sea para intimidar o para ejercer violencia sobre las personas. Con respecto a ello, y en base a que el tribunal a quo tuvo por probado que el imputado "...se le acercó [a Luzia Leduc] y le roció con `gas pimienta´... su rostro..." y que "...ni bien sucedió ello, el sujeto tomó la cartera que la nombrada portaba en su brazo izquierdo y comenzó un forcejeo entre ambos, perdiendo la visibilidad en el momento en que se trabó la lucha...", concluyo que la calificación escogida por el Tribunal a quo resulta ajustada a derecho.

Por otro lado, también se exige que el instrumento esgrimido por el autor reúna ciertas características que -desde el punto de vista objetivo- otorguen al autor un significativo incremento de su poder ofensivo. Dicha cualidad del objeto debe advertirse en forma ineludible y previa a su empleo, atento las características propias de su estructura.

Fácilmente se clarifica el sentido de la agravante cuando se consideran los objetos que tradicionalmente la jurisprudencia ha asimilado al concepto de "arma impropia": un pico de botella rota, vidrios rotos, un martillo, un punzón o picahielo, etc.

Teniendo ello en cuenta, las características del caso concreto revelan que la utilización de la sustancia rociada sobre el rostro de la víctima por parte del aquí imputado satisface plenamente el presupuesto de la agravante prevista en el art. 166 inc. 2º. En efecto, adviértase que el imputado utilizó dicha sustancia para lograr una mayor

indefensión en la víctima al privarla de la visión momentáneamente y así poder desapoderarla de sus pertenencias. Ello revela que el puntual empleo de la sustancia irritante generó -desde el punto de vista objetivo- un significativo aumento de la capacidad vulnerante y poder ofensivo que normalmente pueda llegar a desplegar un individuo.

-IV-

En relación a la pretendida extralimitación de los sentenciantes en su función jurisdiccional, cabe destacar que la calidad de reincidente puede ser declarada por el magistrado o los magistrados intervinientes de verificarse los requisitos exigidos por la ley al momento de dictar la sentencia y en modo alguno ello debe ser objeto de la acusación fiscal durante el debate, por tratarse de un estado que se ostenta o no con independencia de las pretensiones de las partes (cfr. "Pereira Cristián Manuel s/ casación", causa n° 4815, Sala III, registro n° 276.04.3, rta. el 02/06/2004).

Por lo tanto no resulta un obstáculo el hecho de que la declaración de reincidencia no haya sido materia de acusación fiscal, ya que el sentenciante al determinar la pena a aplicar y expedirse sobre la misma no hace más que plasmar en la resolución un estado ya adquirido por el condenado que resulta de la comprobación de las condiciones de hecho establecidas en el art. 50 del Código Penal (cfr. Sala IV, C.F.C.P.: "Bailón, Héctor A. s/rec. de casación", causa n° 3441, Reg. n° 4686, rta. el 03/03/03).

En este sentido, contrariamente a lo expresado por el recurrente, el tribunal de mérito no se extralimitó en su función jurisdiccional, en tanto la jurisdicción de la imposición de la pena corresponde a los jueces y deben resolver lo que corresponda por estricta aplicación de las leyes. Dentro

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. N° 19.619

de dicho deber se encuentra la declaración de reincidencia, en tanto resulta de la aplicación de la ley al caso concreto.

En consecuencia la no petición de declaración de reincidente de Zallo Echeverría, por parte del Ministerio Público Fiscal, en la acusación fiscal durante el debate, no impide al Tribunal que declare dicho estado, toda vez que la calidad de reincidente se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia sólo se limita a reconocer ese estado (cfr. "Benítez, Silvio A. s/ queja", Sala I, C.F.C.P., causa n° 4035, reg. n° 4916, rta. el 21/03/2002).

Por las consideraciones expuestas, no advierto que la declaración de reincidencia resuelta en el punto dispositivo II) de la resolución impugnada haya constituido un traspaso indebido de los límites jurisdiccionales dentro de los cuales el tribunal a quo se encontraba legitimado a resolver. Por lo tanto, el presente agravio del recurrente no puede prosperar.

-V-

Respecto al planteo de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, resulta pertinente recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley es una de las funciones más delicadas del ejercicio de la jurisdicción y por su gravedad debe estimarse como *última ratio* del orden jurídico (cfr. Fallos 305:1304), toda vez que, las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la Constitución Nacional, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución, únicamente cuando la contradicción con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable.

De lo contrario, se desequilibraría el sistema

constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado y para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Fallos: 226:688; 242:73, 285:369; 314:424, entre otros).

Al respecto, cabe recordar el criterio expuesto por esta Sala I "Ansaloni, Antonio Roberto s/ recurso de inconstitucionalidad", causa nro. 10.746, registrada bajo el nro. 15.107, resuelta el 15/12/2009 en la cual se afirmó que la cuestión de la constitucionalidad del instituto de la reincidencia, ya había sido zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en distintos precedentes en los que se había descartado expresamente la vulneración de los principios mencionados por la defensa. Dicha doctrina resulta, en lo pertinente, de aplicación a este caso, por los argumentos que más adelante se exponen (véase también CNCP: Sala II, "Magarzo, Walter s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", registro n° 7423, causa n° 5379, rta. el 14/03/2005; Sala III "Grimaldi, Oscar s/ rec. de inconstitucionalidad", reg. n° 262, causa n° 1066, rta. 26/06/97 y Sala IV "Virgilitto, José Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad", Reg. n° 10.761.4, rta. el 27/07/2008 y "Ricarte, Leonardo Oscar s/ rec. de casación e inconstitucionalidad", Reg. n° 10.816.4, rta. el 10/09/2008).

En punto a ello lleva dicho nuestro Máximo Tribunal que *"el principio non bis in ídem, en lo que al caso interesa, prohíbe la nueva aplicación de pena por el mismo hecho pero no impide al legislador tomar en cuenta la anterior condena -entendida ésta como un dato objetivo y formal-, a efectos de ajustar con mayor precisión el tratamiento*

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. Nº 19.619

penitenciario que considere adecuado para aquellos supuestos en los que el individuo incurriese en una nueva infracción criminal" y que "la mayor severidad en el cumplimiento de la sanción no se debe a la circunstancia de que el sujeto haya cometido el 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." (cfr. CSJN "L`Eveque, Ramón Rafael", L. 513. XXI, 16/08/1988, T. 311 P. 1451).

En síntesis, la discusión planteada por el señor Defensor Público Oficial, debe ser rechazada en esta instancia. Ello, toda vez que el señor defensor no trajo nuevos fundamentos que logren conmovir la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con relación a la constitucionalidad del art. 50 del C.P. (cfr. CSJN "L`Eveque, Ramón Rafael", L. 513. XXI, 16/08/1988, T. 311 P. 1451).

En efecto, no sólo comparto la doctrina establecida por el más Alto Tribunal en el fallo mencionado, sino que, además, corresponde su acatamiento en el caso, en atención a la autoridad institucional que revisten sus fallos, dado su carácter de último intérprete y salvaguarda de la Constitución Nacional (Fallos: 245:429; 252:186; 255:119; 270:335; 307:1779; 312:2007).

-VI-

Por las consideraciones expuestas en los acápites anteriores, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Juan Manuel Zallo Echeverría, con costas (artículos 470, 471 -a contrario sensu-,

530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). Tal es mi voto.

El doctor Raúl R. Madueño dijo:

Que por compartir sus fundamentos, adhiere en un todo al voto que lidera el Acuerdo.

El doctor Luis María Cabral dijo:

I. Adhiero al voto que lidera el acuerdo. Sin perjuicio de ello agregaré algunas conclusiones.

II. En primer lugar, debo destacar que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de esta Ciudad que integré en su oportunidad, desde la sentencia dictada en la causa n° 4 "Orona, Oscar Alejandro", del 4 de junio de 1998, sostuve que, en la medida en que ha servido para formar certeza en cuanto a su apreciación por el tribunal, dando motivación suficiente a su decisorio, no resulta descalificable un testigo por el hecho de ser único puesto "que no admitir el testigo único es una injustificada cortapisa a la libre valoración por el juez de la credibilidad que le merece el testigo" (sentencia del 10 de mayo de 1993, dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N°8, en la causa "Borja, Daniel").

III. En relación a la declaración de reincidencia, al votar en la causa N° 13.891, "Amaral, Paulo Sergio s/rec. de casación", Reg. N° 18.667, rta. el 26/10/11, señalé que "asistía razón a la defensa en cuanto planteó que antes de pronunciarse el tribunal respecto de la procedencia o no de la declaración de reincidencia, deberá garantizar el contradictorio propio de este tipo de decisiones, para que la defensa pueda alegar lo que estime conveniente a sus intereses en el punto discutido"; ello por cuanto esa declaración implica una modificación en el tratamiento penitenciario.

Sentado cuanto precede, si de la causa surge que

Cámara Nacional de Casación Penal Reg. Nº 19.619

los antecedentes condenatorios del imputado fueron debidamente agregados (confr. acta de debate de fs. 434), la declaración de reincidencia no puede resultar sorpresiva para la defensa, por lo que corresponde rechazar el agravio introducido en tal sentido.

En suma, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, con costas. Tal es mi voto.

Por ello, y en mérito al acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE**: Rechazar el recurso de casación deducido por la defensa de Juan Manuel Zallo Echeverría o Juan Pablo Zallo Echeverría o Juan Manuel Zallocheverría o Juan Pablo Zallocheverría, con costas (artículos 470, 471 -a contrario sensu-, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese en la audiencia ya designada y, oportunamente, devuélvase a su procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.-

Fdo.: Raúl Madueño, Luis M. Cabral y Mariano H. Borinsky Ante mí: Adrián Pedrozo.

Prosecretario de Cámara.