

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25074/2009/TO3/CNC1

Reg. n° 416/2015

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 2 días del mes de septiembre de 2015, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional integrada por los señores jueces doctores Carlos A. Mahiques, Horacio L. Días y Pablo Jantus, asistidos por la Secretaria actuante, doctora Paola Dropulich, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 904/926, en este proceso n° CCC 25074/09/TO3/CNC1, caratulado: “*Zambrano Joriati, Mariano José s/ robo*”, del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 de esta ciudad, con fecha 26 de febrero de 2015, condenó a Mariano José Zambrano Joriati a la pena de ocho años de prisión, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión con arma, y lo declaró reincidente.

II. Contra esa resolución, la defensa pública oficial, representada por el doctor Claudio Martín Armando, interpuso recurso de casación a fs. 904/926, que fue concedido a fs. 927/928.

III. La Sala de Turno de esta Cámara evaluó la admisibilidad de la impugnación y le asignó el trámite previsto en el art. 465 del C.P.P.N. (fs. 935).

IV. En el término de oficina establecido en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del C.P.P.N, se presentó a fs. 941/952 el señor defensor oficial ante esta sede, doctor Gabriel Ignacio Anitua.

V. Con fecha 2 de julio del corriente año, se llevó a cabo la audiencia del art. 468 del citado cuerpo legal, en la que estuvieron presentes el defensor público coadyuvante, doctor Horacio Santiago Nager, y el imputado Zambrano Jorati.

Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizado ese acto, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se exponen.

Y CONSIDERANDO

El señor juez doctor Carlos A. Mahiques dijo:

I. Cabe abordar, en primer término, el planteo de nulidad de la sentencia efectuado por la parte recurrente. Se funda en que lo resuelto

por el *a quo* tuvo por ciertas circunstancias que carecen del adecuado registro y de las constancias que deben ser consignadas durante el juicio. Afirma que el tribunal omitió dejar registro audiovisual o documental del debate —por fuera de la mera enunciación de los elementos de prueba incorporados—, situación que considera discriminatoria para su representado en tanto supone una improcedente limitación al ejercicio de la defensa y a la revisión de la condena.

Sobre el punto, cabe recordar que el art. 394 del Código Procesal Penal de la Nación enumera, bajo pena de nulidad, los requisitos que deberá contener el acta de debate. En ninguno de ellos se obliga al tribunal a dejar un registro que abarque todo lo allí ocurrido, y sólo el artículo 395 del mismo ordenamiento, faculta al *a quo*, en los casos donde lo considere conveniente por la complejidad de la causa, a consignar o resumir la parte sustancial al final de cada declaración o dictamen.

En el caso, la citada normativa no aparece infringida, ni controvertido en tiempo y forma por las partes que la suscribieron, el contenido del acta de fs. 864/866 en cuanto refleja lo más significativo de lo acontecido en el juicio. Las partes no tuvieron restricciones respecto al control de la adquisición probatoria llevada a cabo durante la audiencia, y el impugnante, más allá de genéricas invocaciones al derecho de defensa, tampoco logró demostrar cuál habría sido el perjuicio en concreto que la denunciada omisión le habría ocasionado o de qué modo hubiera posibilitado arribar a una solución distinta. Como nada de ello surge de la presentación recursiva, este agravio debe ser rechazado.

II. Por otra parte, y con invocación de la segunda hipótesis casatoria prevista en el art. 456, inciso 2º del C.P.P.N., la parte recurrente se agravia por la valoración arbitraria en la que habría incurrido el *a quo* respecto de la prueba producida en el juicio y compulsada como fundamento de la condena dictada a Zambrano.

Puntualizó la defensa que no existió un reconocimiento que permitiera la correcta identificación de su defendido, y que las filmaciones no aportan datos certeros acerca de su intervención en el

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25074/2009/TO3/CNC1

suceso juzgado. Básicamente, objeta que haya existido una formal rueda de reconocimiento, ya que el informe del contenido de las filmaciones de fs. 121/127 es inidóneo como prueba identificatoria.

También cuestionó el peritaje realizado sobre las huellas dactilares del imputado, indicando que no se precisó el lugar de donde se levantaron los rastros (fs. 79) y que no se suministraron las indubitables con las que aquellos se cotejaron, además de que resulta contradictorio que esos elementos no se cuenten entre los registrados en el AFIS de la Policía Federal Argentina –cuyo dictamen técnico fue negativo– y sí en la base de datos de la Policía de la Provincia de Buenos Aires.

A fin de dar respuesta a los planteos precedentes, conviene reeditar la reseña de los hechos realizada en la sentencia por el *a quo*, donde tuvo por suficientemente demostrado que el condenado, junto a otro sujeto no individualizado, se apoderó ilegítimamente, mediando la utilización de un arma de fuego, de un reloj *Cartier* Siglo XXI, un celular marca *Motorola*, abonado n° 15-5478-4462 de la firma Personal, un maletín conteniendo una licencia de conducir expedida a nombre de J. C. B., una cédula de identidad expedida por la Policía Federal Argentina n° XX, una tarjeta *VISA* Banco Galicia, las llaves del domicilio particular y del automóvil *Honda* CRV, todo de propiedad del mencionado B.; y mercadería por un valor de cien mil tres dólares (U\$S 100.003), sustraída del interior de la joyería situada en la calle E. XX de esta ciudad, también propiedad B.

El tribunal dio por igualmente comprobado que, previamente, el 23 de marzo de 2009, entre las 11:00 y 12:00 horas, Zambrano se presentó en el negocio de B. teniendo en miras al atraco que cometerían dos días después con el otro sujeto prófugo, oportunidad en la que adujo estar en busca de alguna joya “*para regalar*”, permaneciendo en el lugar por más de media hora. Así, el 25 del mismo mes y año, aproximadamente a las 16:00 horas, el imputado se presentó nuevamente en el local junto con otro individuo todavía no identificado. Una vez en el interior, y cuando B. se dirigió a una oficina ubicada en la parte posterior, fue sorprendido por el segundo sujeto,

quien, mientras le apuntaba con un *“arma de fuego color negra”* y lo amenazaba diciéndole *“hijo de puta te mato, te mato...; donde está la plata, ponete donde te vea porque si no te mato...”*, lo obligó a permanecer sentado en la escalera que llevaba a la planta alta. A partir de ese momento, la víctima observó que el sujeto armado sustrajo gran cantidad de joyas que se encontraban guardadas en la caja fuerte y que introdujo en un bolso marrón, en tanto Zambrano se apoderaba de otras piezas que estaban en exhibición. B. afirmó que, durante el atraco, la persona no identificada se dirigió a él diciéndole *“subí, subí hijo de puta que te mato... te mato”* y que, una vez arriba, y sin mediar palabra, lo golpeó en la cabeza con la culata del arma, ocasionándole un corte, luego de lo cual, los delincuentes se retiraron del lugar.

III. El agravio traído resulta un intento de introducir, en esta instancia casatoria, una reinterpretación de la prueba a partir de la descalificación de la valoración efectuada por el sentenciante. El recurrente se limita a exponer una distinta y personal valoración de los hechos, cuestionando aquellas circunstancias que le permitieron al tribunal tener por demostradas tanto la materialidad ilícita investigada como la coautoría responsable del encausado en el hecho, sin que las alegaciones incluidas en el planteo alcancen para conmovérselo en la instancia de origen.

En efecto, no se advierten fisuras en el razonamiento del tribunal cuando le asigna verosimilitud al peritaje obrante a fojas 40/44. En dicho informe el perito manifiesta que los dígitos índice y medio de la mano derecha pertenecen a Zambrano, quien se halla registrado en el AFSI de la PBA bajo el n° 44/01/00390060M. Incluso de aquel informe —precisamente a fojas 44—, luce una captura de la filmación donde se puede observar al condenado tocando la vitrina del local, lugar de donde fue obtenida la huella digital peritada.

IV. De manera subsidiaria, el recurrente incluyó otro agravio en el supuesto establecido en el primer inciso del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación. En el recurso presentado, el doctor Armando sostuvo que, de establecerse que su asistido haya participado del hecho investigado, debería modificarse su calificación de robo con

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25074/2009/TO3/CNC1

arma (art. 166, inc. 2º, primer párrafo C.P.) a robo con arma cuya aptitud para el disparo no pudo ser demostrada (art. 166, inc. 2º último párrafo C.P.), disminuyéndosele, en consecuencia, la pena impuesta.

Para ello, afirmó el defensor que, tal como se tuvieron por reconstruidos los hechos, Zambrano si bien consintió *ex ante* la intimidación propia del robo y la efectivamente causada conjuntamente a la víctima con su compinche, incluso cuando este le apuntó con el arma de fuego que portaba y que no pudo ser incautada, nunca acordó que el desapoderamiento incluyera golpes o lesiones aplicados con aquélla, lo que, por lo demás, tuvo lugar en el primer piso del local y no en la planta baja donde el imputado se ocupaba de alzarse con los objetos de valor.

La defensa oficial ante esta sede, tanto en el término de oficina como en la audiencia prevista en el artículo 468 del C.P.P.N, sostuvo que su defendido debía responder en calidad de partícipe necesario por el delito de robo simple. En el indicado sentido, expuso que Zambrano no tuvo el dominio del hecho pues contribuyó a su realización con una intervención meramente presencial, permaneciendo en el salón de entrada de la joyería, sin armas en su poder y sin haber protagonizado ninguna agresión o apuntamiento.

Reclamó que, en mérito a lo dispuesto en el artículo 47 del C.P. y dado que no se pudo demostrar que su defendido haya tenido efectivo conocimiento de que la otra persona portaba un arma de fuego, se modifique la calificación con el antedicho alcance.

En subsidio, y como consecuencia lógica de su argumento, expresó que tampoco debía encuadrarse la conducta de Zambrano en el tipo penal del robo con arma cuya aptitud para el disparo no se tuvo por demostrada, por cuanto esa calificación implicaría una violación del principio de inocencia e *in dubio pro reo*, al introducir improcedentemente una presunción favorable al acusador y eximirlo de probar los elementos del tipo agravado, con la consiguiente inversión de la carga probatoria. A todo evento, solicitó que de no coincidir este tribunal tampoco con este criterio, se califique el hecho con ajuste al

art. 166, inc. 2do., último párrafo del C.P., por resultar más beneficioso para el imputado.

Sin embargo, la actuación de Zambrano se corresponde con aquella que es propia de un coautor. Esta categoría de la participación criminal requiere que los aportes de los diversos sujetos activos a la obra criminal común, demande de sus protagonistas el dominio funcional sobre el hecho ejecutado, ya sea que este dominio se manifieste sobre la decisión del hecho, sobre su configuración en cuanto las circunstancias de tiempo, modo, lugar, víctimas, partícipes; ó sobre ambos aspectos.

La señalada faz objetiva del dominio fáctico, además, debe relacionarse subjetivamente con el conocimiento de la situación de prevalencia que tiene el sujeto sobre la dinámica de la ejecución del hecho, ya que sin el concurso de ambos extremos no puede sostenerse actuación en coautoría.

La reconstrucción histórica del episodio *sub examen* que hizo el tribunal, no controvertida por las partes, demuestra que dos días antes del atraco Zambrano planificó el robo presentándose en la joyería, haciéndose pasar por un cliente y observando la distribución del local y su funcionamiento. Luego, durante la ejecución fue quien recogió las joyas que estaban exhibidas en la vitrina mientras que la persona que estaba junto a él se encargó de neutralizar y someter a la víctima, golpeándola con el arma en la cabeza, y de sustraer las joyas que se encontraban dentro de la caja fuerte.

En las apuntadas condiciones resulta evidente la existencia de un obrar mancomunado de ambos sujetos que iniciaron de consuno el atraco y lo consumaron valiéndose de la utilización del arma de indudable poder vulnerante, también en su variante de arma impropia, habida cuenta la entidad de las lesiones producidas.

El delito reclama de los coautores una decisión conjunta y un plan común dirigidos a la realización del hecho, con parigual o equivalente calidad de tareas –no necesariamente idénticas–, pero de equivalente importancia en orden a la consecución del propósito delictivo. Así debe considerarse a la “inteligencia” realizada por

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25074/2009/TO3/CNC1

Zambrano, y el consentido empleo del arma para intimidar y golpear a la víctima, distribuyéndose tareas que demuestran un plan y un obrar comunes.

Siendo ello así, y a partir de esta convergente actividad funcional tanto objetiva como subjetiva, los distintos actos ejecutivos desarrollados pluralmente excluyen la hipótesis de la participación alegada por la defensa, y toda posibilidad de considerar a Zambrano como un asistente de un autor principal, limitado a una colaboración marginal.

Tampoco merece censura la significación jurídica que se atribuyó al hecho.

Es que *arma* es tanto el objeto destinado a la defensa u ofensa (arma propia), como el que, eventualmente, por su poder ofensivo, puede utilizarse con ese fin (arma impropia). Así, por arma debe entenderse en consecuencia, tanto aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona (v.gr. arma de fuego) como cualquier otro objeto que, sin tener esa aplicación, sea transformado en arma por su destino al ser empleado como medio contundente.

En el indicado sentido, para su configuración, no se requiere una capacidad ofensiva determinada; basta que el arma tenga el poder suficiente para lesionar a la persona contra la que se comete este delito contra la propiedad. De lo expuesto se deduce que la razón de este agravante no es la intimidación que sufre la víctima sino el mayor poder vulnerante que con el uso del arma (propia o impropia) tiene el agente para lograr el desapoderamiento, pues con ello le provoca al sujeto pasivo un mayor peligro para su vida o para su integridad física. Todo ello surge debidamente comprobado en autos con la constatación de las heridas causadas en la víctima, producto del golpe aplicado con el arma que portaba el compañero de Zambrano.

V. El planteo de inconstitucionalidad del artículo 50 del código de fondo efectuado por la defensa debió haber sido declarado inadmisibles por cuanto al momento de su presentación no existía un agravio actual para el condenado.

Sin perjuicio de aquello, *y obiter dictum*, sobre esta cuestión ya tuve ocasión de afirmar como integrante del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires en la causa n° 43.085, “*González Bruno Ignacio s/ recurso de casación*” —entre otras— que por no pertenecer la reincidencia a la estructura del hecho típico, no puede comprometer la garantía del *non bis in idem*, en tanto la incidencia que una condena anterior pueda llegar a adquirir sobre la modalidad de cumplimiento de una pena actual no importa volver a juzgar el hecho precedente.

Así la circunstancia de que la reincidencia obre como un impedimento para la obtención del beneficio de la libertad condicional, si bien parte de la consideración de la condena anterior, no importa el sometimiento del imputado a otro proceso sobre la misma materia, ni afecta el carácter de cosa juzgada del pronunciamiento condenatorio antecedente. Solamente se valora el desprecio por la pena que pone en evidencia quien pese a haberla sufrido antes recae en el delito, lo que interesa es que el autor “haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta así el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida” (C.S.J.N. *in re, Gómez Dávalos, Sinforiano s/ recurso de revisión*, rta. el 16 de octubre de 1986; *Maciel, Marcelo Fabián s/ recurso de inconstitucionalidad*, M. 1395. XLII. REX; *Álvarez Ordóñez, Rafael Luis s/ causa n° 10.154*, A. 577. XLV. RHE; *Taboada Ortiz, Victor s/ inf. art. 189 bis, portación de arma de fuego de uso civil –causa n° 6457/09–*, T. 294. XLV. RHE, *Gómez, Humberto Rodolfo*, causa n° 13.074, G. 506. XLVII. RHE., *Arévalo, Martín Salomón s/ causa n° 1183*”, rta. el 27 de mayo de 2014, y *Mayo, Miguel Ángel s/ recurso extraordinario*, rta. el 21 de febrero de 2015). Propicio, en consecuencia, también el rechazo de este agravio.

VI. En relación a la crítica relativa a la individualización de la pena, señalo una vez más, que es una facultad propia de los jueces de mérito, siendo necesario para la procedencia de la impugnación sobre dichas cuestiones la demostración por parte del recurrente de que en la decisión atacada se encuentra presente un vicio o defecto en la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25074/2009/TO3/CNC1

determinación fáctica de las circunstancias valoradas en calidad de agravantes, una errónea aplicación de las respectivas normas sustantivas, o una vulneración a garantías constitucionales que puedan incidir en la determinación del *quantum* de pena, tornándola inusitada o desproporcionada, y habilitando de tal manera su control ante esta instancia revisora.

Además, la motivación de un recurso –que debe ser clara, precisa y específica– supone aquel razonamiento de censura que el impugnante formula contra la resolución atacada, sea para destruir las premisas y conclusiones de ella o para demostrar su ilegalidad. Esta es la que determina el ámbito del agravio, y por lo tanto, el límite del recurso (Clariá Olmedo, Jorge; *Tratado de Derecho Procesal*, Tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1966, págs. 468/9).

Particularmente en esta instancia, la ley impone que el recurrente individualice en forma concreta y específica aquellos vicios que justifican su impugnación, es decir, que de manera clara, expresa y separada enuncie los motivos del recurso casatorio que interpone.

A su vez la respuesta punitiva debe ser proporcional a la intensidad antijurídica del hecho y, por ende, a la responsabilidad del autor. Ello es la lógica consecuencia de los principios de ofensividad, proporcionalidad y culpabilidad, que se encuentran en la base misma del Derecho Penal. Por ese motivo, al no ser posible determinar con exactitud cuál es el monto de pena que resulta proporcional a la culpabilidad del sujeto activo, el límite al arbitrio del juzgador radica en la razonabilidad de la sanción aplicada, sin que se advierta que la asignada en autos carezca de ella.

En el caso, en efecto, la defensa no ha logrado demostrar vicio o defecto alguno en la sanción fijada por el *a quo*. En cambio, esta encuentra suficiente sustento en las particulares características del hecho objeto de juzgamiento, respecto de la cual no hay motivos que permitan descalificarla.

La pena impuesta por los integrantes del tribunal responde a los principios enunciados ya que, acertadamente, valoró como agravantes que el delito fue planificado y preparado con suficiente antelación,

habiendo cumplido el imputado un papel relevante en la previa observación y obtención de datos de la joyería y de la víctima. Concuero también en que debe ponderarse, como indicio de mayor peligrosidad, la incidencia que, para asegurar la indefensión del damnificado, tuvo la intervención plural, la magnitud del perjuicio patrimonial y las lesiones causadas a la víctima.

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo no hacer lugar al recurso de casación y confirmar en todo la decisión recurrida.

VII. No obstante la decisión a la que arribo, vencido durante la deliberación en punto a la calificación jurídica que corresponde asignar al hecho, me pronuncio a favor de lo manifestado por el doctor Jantus, quien sostiene que esta Sala se encuentra facultada para fijar la pena conforme los lineamientos expuestos por la C.S.J.N. en el precedente “Duarte, Felicia s/ recurso de casación” (D. 249, L° XLVIII, rto.: 5/8/14) y comparto los fundamentos por los cuales propone que se imponga a Zambrano la pena de seis años de prisión.

El juez Pablo Jantus dijo:

I. Coincido con el doctor Mahiques en que la nulidad impetrada por la defensa, por no haberse efectuado un registro audiovisual de la audiencia de debate, debe ser rechazada. Claramente el art. 394 del CPPN establece que es obligación del secretario del tribunal levantar un acta del debate, con los requisitos que esa norma contiene, documento que constituye el instrumento que refleja lo ocurrido en el juicio; es más, el inciso 6° de esa norma establece que en el acta deben dejarse asentadas las menciones solicitadas por las partes y aceptadas por el tribunal, lo que constituye un medio para dejar documentados aspectos que se consideren relevantes, como, por ejemplo, algunos tramos de las declaraciones de los testigos.

El art. 395 del CPPN, además, establece que, en las causas de prueba compleja, el tribunal si lo estima conveniente puede adoptar dos medidas diferentes: u ordenar al secretario que efectúe al final de cada declaración o dictamen un resumen de la parte sustancial –lo que debe realizarse con el control de las partes– u ordenar la grabación o la versión taquigráfica, total o parcial, del debate.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25074/2009/TO3/CNC1

Es claro que el tribunal no consideró necesario echar mano a estos últimos mecanismos, y no surge del recurso que la defensa hubiese reclamado que se instrumente lo dispuesto por la norma, con lo que, a mi modo de ver, es claro que no corresponde en el caso declarar la nulidad interpuesta por la defensa, en la medida en que el secretario del tribunal dio acabado cumplimiento a lo dispuesto en el art. 394 de la ley de rito.

II. Comparto también con el doctor Mahiques que los elementos de convicción colectados en el debate, prolijamente descriptos en la sentencia puesta en crisis y adecuadamente valorados, permiten sostener con certeza apodíctica, la reconstrucción histórica del suceso que ha realizado el tribunal. En este aspecto, me remito a los puntos II. y III. del voto que lidera esta sentencia.

III. a) En cambio, he de disentir con la calificación jurídica que se ha asignado al hecho que se tuvo por acreditado, dado que, desde mi punto de vista, el imputado Zambrano Joriati debe ser considerado coautor del delito de robo con armas cuya aptitud para el disparo no puede ser acreditada de ningún modo, previsto en el tercer párrafo del art. 166 inciso 2° del CP, conforme al criterio que he sostenido desde la causa n° 3211, “M., M. G.” del Tribunal Oral de Menores n° 1, del 14 de mayo de 2004.

Hasta la sanción de la ley 25.882, del 22 de abril de 2004, había acuerdo en la doctrina –aunque con algunos cuestionamientos– en que, un caso como el que estudiamos, constituía el delito de robo agravado por el uso de armas, ya que, pese a que el revólver que portaba el encartado se encontraba descargado, fue utilizado de modo impropio para pegarle con la culata al damnificado.

Aquella ley, que modificó el art. 166 inciso 2° del Código Penal ha introducido variantes que han llevado a interminables debates doctrinarios acerca de los alcances de las nuevas disposiciones.

El nuevo artículo 166 inciso 2° del Código Penal ha quedado redactado del siguiente modo: "Se aplicará reclusión o prisión de cinco a quince años:...2. (1) Si el robo se cometiere con armas, o en despoblado y en banda. (2) Si el arma utilizada fuera de fuego, la escala

penal prevista se elevará en un tercio en su mínimo y su máximo. (3) Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión.”.

Cabe recordar la evolución legislativa y jurisprudencial que ha tenido el art. 166 inciso 2º del Código Penal. Para ello, tomaré un excelente artículo de Carlos Borinsky (L.L. 1989-C, p. 535) que lleva el título "Derecho Penal y política judicial (a propósito del robo con armas)”.

Recuerda este autor, que el Código Penal de 1921 castigaba con prisión de un mes a seis años al robo simple (art. 164), y la pena era de 3 a 10 años de reclusión o prisión si aquél se cometía en despoblado y con armas (art. 167, inc. 1º). "Como se advierte, el funcionamiento de la agravante requería conjuntamente de las dos condiciones: la segunda, que atendía a la dificultad de la víctima para recibir auxilio inmediato de terceros o para el amparo mutuo, y la primera a la utilización del arma como instrumento para la ejecución del robo.”. Añade Borinsky que "Decía en su comentario Núñez, que la concurrencia de un arma sólo contribuye a la calificación del robo si es utilizada o blandida contra una persona para vencer o evitar su resistencia al apoderamiento de la cosa, sin que bastara, por consiguiente, el hecho de llevarla o portarla; afirmación en la que era acompañado por Díaz, Ramos, Soler, Malagarriga, Molinario y Fontán Balestra. Tanto Soler como el propio Núñez descartaban la agravante cuando se había amenazado con un arma simulada o de juguete...”.

La ley 17.567 (vigente a partir del 1º de abril de 1968) modificó la estructura original del delito de robo y, a partir de ella, se previó prisión de 1 a 6 años al hecho cometido con fuerza en las cosas, y con reclusión o prisión de 2 a 8 años cuando era ejecutado con intimidación o violencia en las personas. Al mismo tiempo, incluyó en el art. 166, inc. 2º, como agravante autónoma, la comisión con armas, cuya pena se aumentó a la que regía hasta la ley 25.882. Indica el citado autor, que en la exposición de motivos de esta norma - tomada del Proyecto Soler de 1960, se expresa: "Trátese o no de lugar habitado, en cualquier caso el

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25074/2009/TO3/CNC1

empleo de armas agravará el robo", destacando la exclusión de la condición de "despoblado" que conjuntamente exigía el texto primitivo.

De tal modo, "advertíase un mayor rigor represivo tanto por el notable crecimiento de la escala cuanto por la exclusión, que permitirá encuadrar en la figura más grave, por ejemplo, a todos los robos con armas perpetrados en nuestra ciudad, que hasta entonces eran en principio robos simples, con una conminación mínima de un mes de prisión: Ya el umbral del castigo sería de 5 años de reclusión o prisión."

Posteriormente, con la ley 20.509 (junio de 1973 -Adla, XXXIII-C, 2952-) se vuelve al texto originario del Código Penal, hasta la sanción el 25 de enero de 1974 de la ley 20.642, publicada en el Boletín Oficial el día 29 de ese mes y año y vigente desde el 6 de febrero siguiente (Adla, XXXIV-A, 138), que al tiempo que suprime la frase "y con armas" del inc. 1º del art. 167 modifica el art. 166, inc. 2º, que queda así redactado: "Si el robo se cometiese con armas, o en despoblado y en banda", con lo que manteniéndose la pena del robo simple en los límites del Código de 1921, la del robo agravado por su comisión con armas retomaba los valores de 1968.

El decreto-ley 21.338, vigente desde el 16 de julio de 1976 (Adla, XXXVI-B, 1113), vuelve al esquema punitivo de 1968: el robo con intimidación o violencia en las personas es penado con reclusión o prisión de 2 a 8 años y se mantiene la agravante por el uso de armas en la comisión con iguales penas alternativas entre 5 y 15 años.

Finalmente, al sancionarse la ley 23.077 (B. O.: 27/8/84 -Adla, XLIV-C, 2535-), se diseñó el sistema vigente hasta la ley 25.882.

Explica el mencionado autor que "Las páginas hasta entonces casi vacías de los repertorios jurisprudenciales comenzaron a nutrirse bajo el acápite de la nueva agravante autónoma...La Cámara Criminal de La Plata, sostuvo, por ejemplo, que la intimidación con armas constituía un serio agravante en el delito de robo pues esa circunstancia convertía a sus autores en homicidas en potencia, que no trepidarían en usar sus armas ante la menor resistencia de las víctimas... En los

tribunales de nuestra ciudad comenzaron a perfilarse las dos tendencias que por más de 20 años se alternarían en la lucha por prevalecer:"

"Por un lado, la tesis que la falta de proyectiles -circunstancia ignorada por la víctima- dejaba intacto el poder intimidatorio del revólver; y además, aunque inútil como arma propia, valía como arma impropia capaz de intimidar; subsistiendo la agravante pese a que el revólver utilizado en el atraco estuviese descargado y no funcionara por carecer de disparador; o aunque fuera de juguete; porque el uso del arma disminuye notablemente las posibilidades de defensa del sujeto pasivo, quien no está en condiciones de determinar si aquella está cargada, si tiene o no seguro, o si posee una bala en la recámara; sin que sea necesario el secuestro del arma para condenar por la figura agravada, pues la calificante funcionaría igual si el revólver hubiera estado descargado o no fuese apto para disparar; ni tampoco es preciso que se efectúe un peritaje destinado a establecer la idoneidad del arma para cumplir con su fin ofensivo, pues esta exigencia dejaría impune la conducta de los malhechores a quienes se les prueba que la emplearon y luego la hicieron desaparecer."

"Por otro lado, la idea que tanto el revólver descargado como el de juguete tienen poder intimidatorio porque parecen armas, mas su uso no agrava el robo porque no son funcionalmente armas al no aumentar real y objetivamente el poder ofensivo del autor del apoderamiento; el arma descargada no es arma en sentido propio, con aptitud para cumplir su función específica, y tampoco es aplicable la figura agravada si no se las utiliza en sentido impropio con propósito agresivo; no agravándose el delito básico si el arma tenía desperfectos que afectaban su utilización como tal; ni tampoco si el revólver era de utilería."

Asimismo, con relación al tema en estudio se emitieron, como es sabido, dos fallos plenarios, convocados para determinar si encuadraba en el concepto de "arma" del art. 166 inc. 2º del Código Penal, el uso de un arma descargada apta para el disparo. En el primero de ellos - "Scioscia", del 10 de diciembre de 1976 -, la Cámara Nacional de

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25074/2009/TO3/CNC1

Apelaciones en lo Criminal y Correccional resolvió por trece votos contra cinco de modo afirmativo.

Refiere Borinsky que "Las consideraciones jurídicas de la tesis mayoritaria aparecen bien reflejadas en el voto del doctor Julio C. Ledesma, quien señala que el vocablo arma designa al instrumento que aumenta el poder ofensivo e intimidatorio de una persona con la creación correlativa de un peligro que se cierne sobre la integridad física de quien resulta atacado. La finalidad de la figura penal radica en el despojo y no en las posibles consecuencias vulnerantes del disparo que se realiza para lograrlo. El instrumento debe servir para intimidar por su destino ordinario o por su empleo ocasional como arma impropia, poder ofensivo e intimidatorio que tuvo en cuenta el Codificador para agravar el tipo básico..."

"Por la minoría, Díaz Reynolds procura de igual modo establecer el propósito que movió al legislador a sancionar más severamente el robo cometido con armas, en su opinión la peligrosidad del medio empleado y el peligro realmente corrido por la víctima, criterio que se adecua perfectamente a la noción de arma como instrumento capaz de aumentar el poder ofensivo del hombre; sin perjuicio de su concreta utilización impropia como objeto contundente. Destacó también el camarista la necesidad que el autor conozca la eficacia del arma: "el dolo exige que el arma lo sea también para él, no sólo para la víctima".

El 10 de octubre de 1986, el mismo Tribunal, por dieciséis votos a cuatro dictó el plenario "Costas" en el que se decidió de modo contrario al citado precedentemente a idéntica cuestión. En este fallo, menciona el consignado autor, "Los argumentos estrictamente jurídicos de la tesis negativa aparecen, en primer término, en el voto del doctor Madueño (quien había participado del plenario "Scioscia"), al citar la opinión del miembro informante por la mayoría al debatirse la ley 20.642 en la Cámara de Diputados: las razones de la agravante son la mayor peligrosidad del autor, la indefensión de la víctima y la mayor fuerza ofensiva de aquél, circunstancias inexistentes en el supuesto del arma descargada... El doctor Ouviaña, a su vez, recurre a lo que el sentido común y el generalizado uso idiomático nombran con la

expresión "armas". Su caracterización se formula en torno a la función que se le asigna (objeto específicamente construido para el ataque o defensa o cualquier otro que ocasionalmente pueda satisfacer el mismo objetivo). En ese sentido destaca que así como cualquier objeto puede integrar el conjunto lógico de las armas, cualquier miembro perderá su pertenencia si desaparece su aptitud para actuar en función ofensiva o defensiva. Desecha entonces la tesis afirmativa, pues no es razonable sustituir un elemento objetivo del tipo penal enfatizando el punto de vista subjetivo (ora el temor de la víctima, ora la mayor peligrosidad del ladrón); sin que el dolo pueda construirse sobre un dato objetivo inexistente: la carga del arma de fuego... Por su lado, el doctor Zaffaroni sostiene que el peligro para la vida y la mayor intimidación son inescindibles en el planteo jurídico con fundamento de la agravación del contenido injusto del hecho...El doctor Campos expone con claridad la tesis que pasaría a ser minoritaria a partir de "Costas": El arma de fuego, cargada o descargada -o sea potencialmente utilizable como arma propia o impropia-, lleva implícita un peligro cuando es esgrimida en ocasión del robo. Para construir el dolo basta el conocimiento no equivocado y actual de que se va a utilizar un medio que aumenta el poder ofensivo del autor (aumento que se produce aunque se trate de un arma de fuego descargada o descompuesta) y la voluntad eventual de utilizarla si se presenta la ocasión, aun como objeto contundente...En su voto afirmativo, el doctor Bonorino Peró destaca el enorme peligro de desnaturalizar la figura por vía de la prueba cuando se alegue la falta de proyectiles en el arma, favoreciéndose así al agente, quien no solamente obtendrá una menor pena sino que podrá resultar excarcelado...A su vez, el doctor Rivarola, a pesar de votar por la negativa, advierte que con esta solución se incrementarán las dificultades judiciales para aplicar la agravante. "Si sencillo resulta desprenderse del cargador de una pistola igualmente fácil será reducir la escala de 5 a 15 años a la menor de 1 a 6 años de prisión..."

Hasta la sanción de esta nueva norma, el panorama, como puede observarse reconocía varias interpretaciones. Los Tribunales de esta

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25074/2009/TO3/CNC1

ciudad, en general, aplicaban el plenario "Costas", con lo que únicamente se consideraba robo con armas el cometido con arma de fuego apta para el disparo, o, en su defecto, si se utilizaba el arma de fuego descargada o deteriorada en forma impropia. En varias provincias, entre ellas, la de Buenos Aires, la situación era diferente, ya que acogían la doctrina del plenario "Scioscia".

De acuerdo a lo hasta aquí expuesto, no hay dudas de que, de no haber existido la reforma en estudio, la acción atribuida al imputado en el hecho investigado hubiese encuadrado en el art. 166 inciso 2º del Código Penal, puesto que, aún dentro de la órbita de la doctrina del plenario "Costas", el robo con armas quedaba configurado por haber golpeado con dicho objeto al damnificado.

b) Ahora bien, este panorama, con la modificación introducida por la ley 25.882, ha variado sustancialmente.

El primer párrafo del art. 166 inciso 2º mantiene sin variaciones el antiguo tipo penal creado por ley 17.567; simplemente, agrava el robo si se comete "con armas". El segundo párrafo, eleva en un tercio el mínimo y el máximo de la pena prevista para el tipo penal anterior "si el arma utilizada fuera de fuego". Finalmente, en el tercero se introducen nuevas figuras cuyo alcance habrá que determinar: "Si se cometiere el robo con un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse de ningún modo por acreditada, o con un arma de utilería, la pena será de tres a diez años".

Aunque son varias las cuestiones que habrán de plantearse de aquí en más con esta nueva redacción del inciso, me ceñiré a las que tienen relación con el caso en estudio.

En la conducta atribuida al imputado, se utilizó un arma de fuego cuya aptitud para el disparo no se demostró –por no haber sido secuestrada en el momento del hecho–, con la que se golpeó a la víctima para lograr el desapoderamiento. En tren de procurar una interpretación sistemática de los nuevos tipos penales, la primera pregunta a responder es si el robo con arma de fuego descargada es adecuada al segundo o al tercer párrafo del nuevo artículo 166 inciso 2º del Código Penal. Porque, a poco que se los lea con atención, se

advertirá que en aquél se agrava la acción mencionando únicamente la utilización de un arma de fuego, sin discriminar si debe estar cargada o no. Con lo que la vieja discusión doctrinaria y jurisprudencial, que dio lugar a aquellos dos plenarios, ha quedado, en esta norma sin respuesta; según la nueva redacción, quienes sostenían que un arma de fuego no dejaba de serlo porque no estuviera cargada y que en la víctima producía el mismo efecto que la que estaba en condiciones de ser disparada, podrán sostener que el segundo párrafo agrava el robo cometido con un arma de fuego, sin distinguir entre las que tienen o no proyectiles. Por ende, que el robo con arma de fuego descargada está incluido en el segundo párrafo del art. 166 inciso 2º del Código Penal.

Quienes adheríamos a la doctrina del plenario "Costas", encontramos ahora que los posibles tipos penales a aplicar, ante un hecho llevado a cabo con un arma de fuego descargada se ha complicado notoriamente. Entre los distintos fundamentos que se esgrimían para sostener que el suceso llevado a cabo con un revólver o una pistola sin balas o que no aptos para producir disparos no constituía el delito de robo con armas, el principal estaba dado en que, un objeto con esas características no era idóneo para poner en peligro la vida o la salud de la víctima, con lo que no se verificaba ese plus de afectación al bien jurídico propiedad que justificaba la mayor sanción prevista para el delito agravado.

No se modificaría la situación con el segundo párrafo del nuevo inciso, ya que es evidente que las razones que justificaban el desplazamiento del robo agravado al robo simple, en el caso de las armas descargadas, que no funcionaban, o cuya aptitud para el disparo no se había podido acreditar, pueden sostenerse sin inconvenientes; en efecto, objetos con esas particularidades no ponen en peligro inmediato la vida o la salud del sujeto pasivo. Carlos Tozzini ("Los Delitos de Hurto y Robo", Editorial Depalma, Bs. As., 1995, p. 306) explica sobre el particular que "el concepto de 'armas' debe otorgarse únicamente a todo artificio que, concretamente utilizado en cada caso, haya *creado un peligro vital, tan real y de efecto inmediato para la víctima*, como para haberla privado de toda posibilidad de reacción o evasión efectivas. Este

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25074/2009/TO3/CNC1

peligro es ponderable mediante un juicio *ex ante*, no *ex post*, y con independencia del resultado a que se llegó en el robo...”. Según esta posición, no cabe duda que sólo pueden ser incluidas en el segundo párrafo del inciso segundo del art. 166 del Código Penal las armas de fuego cargadas cuya aptitud para el disparo se acreditó debidamente durante el debate.

Ahora bien, de la lectura del tercer párrafo del consignado inciso, se desprende que únicamente se previó como supuesto comisivo del nuevo tipo penal –al margen del arma de utilería– aquellas cuya aptitud para el disparo de ningún modo ha podido acreditarse, con lo que se ha querido alcanzar aquellos hechos en los que no se secuestró el arma de fuego que el autor exhibió a la víctima. Como puede observarse, no se han mencionado en la norma ni las armas descargadas ni aquellas en las que se acreditó que no eran aptas para ser disparadas. Con lo que, nuevamente, será tarea del intérprete determinar si ellas están comprendidas en esta norma o si, el apoderamiento cometido con ellas, constituye el delito de robo simple.

En este sentido, considero que de la lectura de ambos párrafos –segundo y tercero– puede concluirse que las armas de fuego descargadas o ineptas estarían incluidas en la nueva figura y no en el art. 164, puesto que se ha creado un tipo penal que debe regir, como se verá más adelante, en virtud del principio de especialidad. La circunstancia de que el legislador haya optado por establecer un tipo penal más benigno para aquellas acciones cometidas con armas respecto de las que no se ha probado si eran, o no, aptas para ser disparadas, me permiten colegir que han atendido a los argumentos desarrollados por la mayoría del plenario "Costas". Si esto es así, ninguna diferencia existe entre las armas comprendidas en el nuevo artículo, con las descargadas o las que se ha probado que son ineptas. Adviértase que, entre aquella carencia de municiones y estos defectos técnicos no existen diferencias sustanciales, puesto que, en ambos casos, se exhibe un arma de fuego verdadera que, por alguna de esas causas, no puede ser utilizada como tal y no genera un peligro inmediato en la vida o salud de la víctima. Además, en el caso en

concreto (tal como lo exige Tozzini, en la cita transcripta), ambos tipos de objetos quedarían comprendidos en el grupo del tercer párrafo, en la complicada definición por la que ha optado el legislador puesto que, ciertamente, en ese contexto, no es posible acreditar la aptitud para el disparo; por la falta de proyectiles en el arma descargada y porque se probó su deterioro, en el caso de la que es inepta para ser disparada.

Dejaremos de lado el problema de determinar cuáles son los objetos que pueden considerarse de utilería por no formar parte de la cuestión a decidir.

Concluyo, entonces, que el arma de fuego descargada o aquella cuya ineptitud se probó, no constituyen un arma de fuego idónea para fundar la agravante del art. 166 inciso 2º, segundo párrafo del Código Penal y sí están incluidas en las mencionadas en el tercer párrafo de ese inciso.

c) Sentado ello, surge un nuevo problema vinculado con el caso en estudio. Como señalé, con la vigencia del anterior tipo penal, casi todos estaban de acuerdo en que una conducta como la analizada constituía el delito de robo con armas y no robo simple, sosteniéndose la agravación por la impropia utilización del arma que portaba el encartado.

Según mi opinión, es evidente que se verifica, entre el robo con armas del primer párrafo del art. 166 y el robo con arma cuya aptitud para el disparo no ha podido acreditarse, un concurso aparente de tipos penales, en cuanto las dos figuras agravan el robo simple del art. 164 cuando es cometido con ese tipo de elementos, aunque el del tercer párrafo resulta ser una figura atenuada con relación a la del primer apartado; en éste la ley conserva la original mención genérica al sustantivo “armas”, mientras que en el otro se designa una categoría especial de éstas, como ya hemos visto. Por ende, el concurso aparente debe resolverse por el principio de especialidad.

Enseña Santiago Mir Puig ("Derecho Penal, parte general", Reppetor s.l., Barcelona, 1998, p. 675) que "Cuando uno o varios hechos constituyen varios delitos conjuntamente estimables, existe un concurso (ideal o real) de delitos. Se habla en cambio, de ‘concurso de

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25074/2009/TO3/CNC1

leyes' cuando uno o varios hechos son incluíbles en varios preceptos penales de los que *solo uno puede aplicarse*, puesto que su estimación conjunta supondría un *bis in idem*. Ello sucede siempre que uno de los preceptos basta por sí solo para aprehender todo el desvalor del hecho o hechos concurrentes..." En cuanto al principio de especialidad, indica que él se verifica cuando "de los varios preceptos aparentemente concurrentes uno de ellos contempla más específicamente el hecho que los demás, y tal concurso de leyes debe resolverse aplicando sólo la ley más especial... Un precepto es más especial que otro cuando requiere, además de los presupuestos igualmente exigidos por este segundo, algún otro presupuesto adicional: si un precepto requiere los presupuestos a+b y otro los presupuestos a+b+c, el segundo es más especial que el primero..."

Zaffaroni, Slokar y Alagia ("Derecho Penal, parte general", Ed. Ediar, Bs. As., 2000, p. 830), enseñan que "La *unidad de ley*, también llamada *conurrencia aparente o impropia*, contempla los supuestos en que si bien la acción es abarcada por dos o más tipos penales considerados aisladamente, cuando se los considera conjuntamente - en sus relaciones - se verifica que una de las leyes concurrentes *interfiere* la operatividad de las restantes, por lo que se excluye su aplicación al caso, aunque en definitiva lo haga porque *incluye* las lesiones de éstas". Más adelante, agregan que "Cuando se relacionan dos o más tipos, uno de ellos excluye al otro en función del *principio de especialidad (lex specialis derogat legi generalis)* si abarca las mismas características que el otro, agregando, además, alguna nota complementaria que toma en cuenta otro punto de vista en cuanto a lesividad. En este caso, el tipo con mayor número de características es especial respecto del otro, que es general..."

Si se tiene en cuenta que el tipo del primer párrafo se refiere únicamente al robo "con armas" y que el del tercer apartado suma requisitos específicos a esa escueta descripción, ninguna duda cabe de que nos encontramos ante un supuesto de concurso aparente de leyes que debe resolverse, en virtud del principio de especialidad, por la figura que reúne más características.

d) De acuerdo a todo lo expuesto, a mi criterio, ante la nueva redacción del art. 166 inciso 2° del Código Penal, no corresponde, en casos como el estudiado adecuar la acción al primer párrafo por haberse utilizado el arma en forma impropia, puesto que ninguna duda cabe que nos encontramos ante una conducta claramente descripta por la ley en el tercer párrafo de aquel artículo.

En efecto, si colegimos que, el arma descargada, la inepta para el disparo y aquella cuya idoneidad no ha sido posible acreditar de ninguna manera, están comprendidas en el tercer párrafo del inciso 2° del art. 166 del Código Penal, el uso del arma en casos como el estudiado no puede ser interpretado como se hacía antes de la reforma, cuando se consideraba que la utilización del objeto en forma impropia constituía el delito de robo con armas; podía explicarse antes esta adecuación porque, claramente, no se consideraba a tales objetos un arma - a los fines de la agravante - si no estaban en condiciones de ser disparados. La decisión de utilizarlos en forma impropia podía justificar, entonces que, a partir de allí, el sujeto activo hacía uso de un elemento que aumentaba su poder ofensivo superando el mero efecto intimidatorio que tenía el elemento hasta ese momento.

Sin embargo, ahora esgrimir armas de fuego descargadas, o ineptas o cuya aptitud no puede ser comprobada, forma parte de un tipo penal independiente. Siendo ello así, a mi modo de ver, vulneraría el principio de especialidad sostener que, por haberla usado en forma impropia, no se aplica el tercer párrafo sino el primero, ya que la ley no ha hecho distinciones en cuanto a la forma de uso de las armas comprendidas en el tercer párrafo del inciso 2° del art. 166 del Código Penal y, lo cierto, es que su utilización está captada por el tercer párrafo y no resulta razonable sostener que la agravante por la utilización de la misma arma, se desplace de una figura a otra de acuerdo al modo como fue esgrimida por el autor.

Ello sin perjuicio, claro está, de mensurar a la hora de decidir la pena a imponer, el mayor reproche que merece la conducta de quien no sólo utilizó un arma descargada para intimidar al sujeto pasivo, sino que además golpeó con dicho objeto a la víctima causándole lesiones leves,

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25074/2009/TO3/CNC1

porque si las lesiones son de carácter grave, se produciría un desplazamiento a la figura del art. 166 inciso 1º del CP.

De acuerdo a lo hasta aquí expuesto, considero que el hecho que se ha tenido por acreditado configura el delito de robo con armas cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada, puesto que, a mi modo de ver, el golpe aplicado con dicho elemento al damnificado B., no permite desplazar la acción al tipo penal previsto en el art. 166, inc. 2, párr.1, del CP, en la medida en que esa conducta queda comprendida en el uso de esa arma prohibida por la norma y siempre que no se produzcan lesiones de carácter grave.

Coincido con el doctor Mahiques en que el imputado debe responder como coautor y en que, por la planificación que evidentemente tuvo el suceso y por la división de funciones con que actuaron sus protagonistas, es claro que el uso de ese arma constituyó uno de los aspectos del suceso que fueron consentidos por Zambrano Joriati.

IV. De acuerdo a lo expuesto precedentemente, desde mi punto de vista, tomando en cuenta los parámetros correctamente considerados en la sentencia puesta en crisis y los mencionados por el doctor Mahiques, corresponde disminuir la sanción penal que debe aplicarse al imputado Zambrano Joriati, aunque la reducción no será significativa puesto que, aunque la conducta quede engarzada en el tipo penal al que aludí más arriba, lo cierto es que la utilización del arma para golpear al sujeto pasivo aumenta sensiblemente la culpabilidad por el hecho. Así las cosas, y conforme a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación precedente “Duarte, Felicia s/ recurso de casación” (D. 249, Lº XLVIII, rto.: 5/8/14), considero adecuada la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas.

En cuanto a la declaración de reincidencia, del certificado de antecedentes agregado a fs. 147 del legajo de personalidad, surge que Mariano José Zambrano Joriati fue condenado el 24 de abril de 2003 por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 5 de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, en la causa nº 10.352/853, a la pena de siete años y dos meses de prisión como autor del delito de homicidio en grado de

tentativa, tenencia ilegítima de arma de guerra, resistencia a la autoridad y encubrimiento agravado; la sanción venció el 23 de enero de 2009 y desde el 28 de septiembre de 2006 gozó de libertad condicional. De acuerdo a ello, es claro que el nombrado ha permanecido, como condenado, un tiempo más que suficiente para que resulte operativa la regla del art. 50 del CP.

En cuanto a la petición del distinguido defensor, de que se declare la inconstitucionalidad de la reincidencia, adhiero al voto del doctor Mahiques, ya que su propuesta coincide con lo expuesto en mi voto en la causa 1070/2006/TO1/1/CNC1, caratulada “Legajo de ejecución penal en autos Olea, Héctor Federico s/robo con armas” de este tribunal, del 24 de junio del corriente año.

En tal sentido me pronuncio.

El juez Horacio Días dijo:

I. En cuanto al planteo de nulidad intentado por el recurrente referido a la forma concreta de registro y documentación de la audiencia de debate, adhiero al voto del colega Mahiques, en cuanto propicia su rechazo, por sus mismos fundamentos. Y del mismo modo, también adhiero al citado voto en lo tocante a la suficiencia probatoria en el caso, para tener por fehacientemente acreditado la existencia del hecho en su materialidad y la intervención del acusado en tal ilícito.

II. Sin embargo, y desde un plano valorativo, disiento con el voto del colega en cuanto a su conclusión de comunicar al recurrente, acciones delictivas desplegadas autónomamente por su consorte de causa prófugo, con significación suficiente como para agravar el comportamiento típico traído a estudio.

En efecto, de los hechos probados en el juicio, y reseñados en el primer voto, se desprende que en un determinado momento del *iter criminis*, y con la situación bajo total dominio de los sujetos activos, la persona no identificada se dirigió a la víctima, que pasivamente aguardaba al pie de una escalera, y le espetó “subí, subí h.d.p. que te mato...te mato”, a lo que éste accedió, y que una vez arriba, sin mediar palabra, y sin razón alguna, éste lo golpeó en la cabeza con la culata del arma, ocasionándole un corte.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25074/2009/TO3/CNC1

Como puede verse, esta acción desplegada en la planta alta del lugar por uno de los intervinientes, fue ejecutada en otro ambiente y fuera de la vista del recurrente, quien permaneció en la planta baja, continuando con el apoderamiento ilícito.

El voto preopinante, extiende la significación jurídica de esta conducta del prófugo al injusto culpable de Zambrano, bajo la suposición de un acuerdo tácito -o consentimiento implícito- de éste último respecto de ello.

No obstante, y si bien soy de la opinión que, de corriente, todo aquel que acuerda delinquir con un consorte que lleva un arma de fuego al lugar el hecho, debe contar con, y por tanto asume, la posibilidad que dadas las eventualidades y contingencias propias del devenir de los hechos, tales armas puedan ser efectivamente empleadas, incluso de un modo impropio, a fin de superar cualquier obstáculo que pudiesen frustrar la consumación del hecho, cuyo logro es el objetivo común que ambos persiguen. Lo cierto es que en este caso, el empleo impropio del arma de fuego, se aprecia a todas luces, innecesario, incomprensible, y además nada facilitador de la ejecución del hecho.

En efecto, sin mediar palabra, sin resistencia de la víctima, fuera de la vista del recurrente, en otro recinto, el ejecutor prófugo decide autónomamente darle un “culatazo” a la víctima cuando ésta no oponía resistencia. Tal exceso, innecesario, inútil, hostil, brutal, no cabe trasladarlo sin más al dolo del otro cómplice, por las características desmedidas de su realización, y las particularidades del caso, ni tampoco en la sentencia que se revisa, se advierte un desarrollo argumental que justifiquen tal comunicación a quien no ejecutó esta violencia excesiva e innecesaria para la consumación del hecho, pues me quedan serias dudas de que el otro consorte lo hubiere consentido, por ser esto inconducente para el éxito del plan común.

Ello así, pues conceptualmente, en materia de coautoría por división de funciones, todo lo que sea facilitador del plan común cabe suponerlo tácitamente acordado por los intervinientes, empero aquello que constituya un exceso de alguno de ellos, necesitará de una

justificación suplementaria para poder trasladarlo a dolo del restante. Y esto es lo que no se aprecia en el caso.

Así las cosas, y por aplicación del principio *in dubio pro reo*, entiendo que no es posible comunicar a Zambrano este exceso del otro ejecutor (art. 47, CP).

III. Así entonces, y no habiéndose secuestrado el arma de fuego empleada en el hecho, a mi modo de ver, el encuadre legal correcto es el dado en su voto por el juez Jantus, en cuanto propicia su adecuación típica en el apartado tercero del inciso segundo del art. 166 del Código Penal.

IV. Finalmente, en cuanto a la declaración de reincidente de Zambrano, y al rechazo del planteo de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, adhiero al voto del juez Mahiques, por sus mismos fundamentos.

Dado la modificación del encuadre legal del hecho bajo estudio, propongo al acuerdo el reenvío de las actuaciones a otro tribunal de juicio, a fin de fijar la pena aplicable, conforme las agravantes y atenuantes ya establecidas en el fallo analizado.

Tal es mi voto.

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

RESUELVE:

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, **CASAR PARCIALMENTE** el punto dispositivo I de la sentencia de fs. 862 y 867/898, sin costas en esta instancia (arts. 456, 457, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. CONFIRMAR la condena dictada respecto de Mariano José Zambrano Joriati en orden a los hechos que tuvieron lugar con fecha 25 de marzo de 2009 (y fueron objeto del proceso registrado bajo el n° 4266), los que se califican como constitutivos del delito de robo agravado por haberse cometido con un arma cuya aptitud para el disparo no se tuvo por acreditada, respecto de los cuales responde

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25074/2009/TO3/CNC1

calidad de coautor, imponiéndose al nombrado la pena de seis años de prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29 inc. 3, 40, 41, 45, 164, 166, inc. 2º, último párrafo, del Código Penal y arts. 456, 457, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

III. CONFIRMAR el punto dispositivo III de la sentencia de fs. 862 y 867/898, por el que se declara reincidente a Mariano José Zambrano Joriati (art. 475 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N y lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

CARLOS A. MAHIQUES

PABLO JANTUS

HORACIO DÍAS

Ante mí:

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CÁMARA