

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 2109/2015/TO1/CNC1

**Reg. n° 549/2015**

En la ciudad de Buenos Aires, a los 14 días del mes octubre del año dos mil quince, se reunió la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, integrada por la jueza María Laura Garrigós de Rébora y los jueces Luis M. García y Eugenio C. Sarrabayrouse, asistidos por la secretaria actuante Paula Gorsd, a fin de resolver el recurso de casación interpuesto en la causa número 2.109/2015 caratulada “Borjas Díaz, Roberto Andrés s/ robo en poblado y en banda en grado de tentativa”, de la que **RESULTA:**

**I)** Por veredicto del 4 de mayo del año en curso y sentencia del día 11 del mismo mes, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 6 resolvió rechazar el planteo de inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, condenar a Roberto Andrés Borjas Díaz como coautor del delito de robo agravado por su comisión en poblado y en banda en grado de tentativa a la pena de dos años de prisión y costas, y mantener la declaración de reincidente anteriormente dictada a su respecto (fs. 124/vta. y 125/132).

**II)** El Defensor Oficial *ad hoc* Juan Carlos Riccardini, a cargo de la representación letrada de Borjas Díaz, alzó sus críticas contra el pronunciamiento a través del recurso de casación glosado a fs. 136/167.

Encauzó sus agravios por vía de los incisos 1° y 2° del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, al considerar que existió una arbitraria valoración de la prueba y por carecer la sentencia de fundamentación suficiente en lo que concierne a la materialidad del hecho atribuido, pues, a su criterio, se sustentó en afirmaciones dogmáticas sin relación con la prueba incorporada al debate. Al respecto, insistió en que las zapatillas que se suponen sustraídas en realidad eran propiedad de su representado, y que por ello no se verificó que se trate de una “cosa ajena” como exige el tipo penal.

Subsidiariamente, planteó la atipicidad de la conducta en base a los principios de insignificancia, lesividad, proporcionalidad y última ratio del derecho penal, y desarrolló su posición en torno al concepto de “banda” que justificó la aplicación de la figura agravada,

dado que a su modo de ver los parámetros que se consideraron en la decisión fueron equivocados.

Señaló, además, que existió una arbitraria fundamentación de la pena en virtud de que se violaron las pautas fijadas por los artículos 40 y 41 del Código Penal, y criticó el instituto de la reincidencia al que tildó de inconstitucional, cuya declaración solicitó en el caso concreto, de acuerdo a lo establecido por el artículo 474 del código de forma.

En término de oficina se presentó el defensor oficial Mariano Patricio Maciel, quien a través de la presentación de fs. 202/213 vta., adhirió al criterio de su antecesor y aportó nuevos fundamentos vinculados con los agravios expuestos en el recurso de casación.

**III-)** El pasado 24 de agosto se celebró la audiencia prescripta por el artículo 468 del Código Procesal Penal de la Nación, a la que asistió el mencionado defensor quien, en representación del recurrente, argumentó su posición. No hubo en la audiencia representación del Ministerio Público Fiscal.

Practicada la pertinente deliberación, el tribunal se encuentra en condiciones de emitir pronunciamiento.

#### **Y CONSIDERANDO.**

##### **La jueza Garrigós de Rébori dijo:**

Previo ingresar en el análisis de las diversas cuestiones traídas a conocimiento de la sala, entiendo oportuno poner de resalto que al debate no concurrió el presunto damnificado, y que tampoco se incorporó por lectura, por expresa decisión del tribunal, el testimonio que prestó en sede policial.

Sólo contamos con la versión del agente Santos, circunstancia que amerita extremar los recaudos a la hora de analizarlo, en aras de evitar dotarlo de aspectos ajenos al mismo y ante la imposibilidad de confrontarlo con otros elementos que arrojen luz sobre la rectitud de sus apreciaciones.

En efecto, “Hoy se sabe bien que el proceso mnemónico no arranca con un acto de simple observación, ni opera por mero

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 2109/2015/TO1/CNC1

almacenamiento y recuperación mecánicos, sino que, en todo su recorrido, tiene un alto componente de reelaboración”<sup>1</sup>.

Sentado ello, entonces, entiendo que más allá de la sinceridad con la que se expresó, su testimonio se presenta insuficiente a la hora de dar por verificada la hipótesis delictiva, con el grado de certeza apodíctico que exige un pronunciamiento condenatorio.

En primer lugar, el tribunal *a quo* dio por sentado de que Santos se encontró con un episodio de características delictivas, y si bien la reyerta no está controvertida, lo cierto es que de la sentencia surge que intervino a raíz de gritos que escuchó, y que observó luego de que se movió el camión que le obstruía la visión, la aparente agresión. Es decir, nada dijo en relación a la secuencia previa, que nos ayude a conocer con mayor detalle el altercado.

Al respecto, más allá de la justificada sospecha en tal sentido que ameritó la intervención del policía, la versión de Borjas Díaz de que “sólo se quiso llevar lo que era de él”, siembra un manto de duda insuperable respecto de su origen, en la medida de que ninguna de las pruebas ventiladas en el marco del debate se encaminó a desvirtuar esta afirmación.

La conclusión de los colegas del tribunal oral de que la incomparecencia de Bentancourt al juicio carece de la entidad que le asignó la defensa por cuanto reconoció ante Santos que las zapatillas eran suyas, de acuerdo al testimonio de este último, ante la imposibilidad de cotejar esta referencia con otras pruebas, se presenta en mi opinión equivocada, ya que pudo consistir en una apreciación errada del oficial policial, o, como ante se explicó, elaborada de la experiencia, lo que me impide sostener sin hesitación, como exige la condena, que fue correcta. Similar circunstancia se verificó con el resto de las pruebas en las que se sustentó el pronunciamiento, pues aquellas tampoco reflejan ningún acontecimiento previo a la actuación policial que rebatan lógicamente la defensa que ensayó Borjas Díaz.

---

<sup>1</sup> Andrés Ibáñez, Perfecto; “Prueba y convicción judicial en el proceso penal”; 1º ed., Bs. As., Hammurabi, 2009, pág.107.

La reconstrucción histórica del evento que entiendo se puede realizar a partir de una racional y objetiva evaluación de la prueba recibida en el debate (art. 398 C.P.P.N.), carece de la contundencia necesaria para quebrar la situación de inocencia de la que goza el imputado, pues, dado que Bentancourt no invocó la propiedad del bien y tampoco se incorporaron en la ocasión constancias que dieran cuenta de ello, en mi opinión no se acreditó debidamente en juicio que se trate de una “cosa ajena”.

Podrá alegarse que el proceder de Borjas Díaz no es la vía correcta para recuperar la propiedad de una cosa de la que uno fue despojado, sin embargo, ante el escenario descrito, tampoco puede colegirse esta de su posesión, dado que nadie reclamó su titularidad como antes se mencionó.

Las circunstancias expuestas ilustran la inconsistencia del reproche penal formulado, ante la ausencia de verificación en el marco de la audiencia de debate de uno de los elementos del tipo penal, lo que denota, en mi opinión, una falla en la estructura lógica del pronunciamiento jurisdiccional.

Consecuentemente, entiendo que nos encontramos ante un marco de duda insuperable, y, en función de la regla *in dubio pro reo* del artículo 3 del ordenamiento procesal, corresponde estar a la interpretación más favorable al imputado.

Por ello, propongo al acuerdo casar la resolución impugnada, absolver a Roberto Andrés Borjas Díaz, y declarar inoficioso el tratamiento del resto de las cuestiones que fueron articuladas por la defensa, sin costas (artículos 402, 456, 459, 468, 469 y 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

Asimismo, corresponde disponer la inmediata libertad en relación a este proceso de Roberto Andrés Borjas Díaz, siempre que no existan otros impedimentos que obsten a su liberación, la que deberá materializar el tribunal de origen (artículos 402 y 473 del Código Procesal Penal de la Nación).

**El juez Sarrabayrouse dijo:**

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 2109/2015/TO1/CNC1

Adhiero a la solución propuesta por la colega Garrigós de Rébora y agregamos los siguientes argumentos.

1. La sentencia de los colegas de la instancia anterior construyó la condena de Borjas Díaz en base a los siguientes elementos:

a. El testimonio del agente Luis Santos, en tanto mientras estaba de servicio, pudo observar que Borjas Díaz se apoderaba de las zapatillas que calzaba la presunta víctima Kevin Betancourt, cuando dormitaba en las escalinatas del edificio ubicado en Santiago del Estero 1719 de esta ciudad. A raíz de los gritos, el testigo visualizó particularmente al imputado, que ya tenía una zapatilla. Por la intervención de Santos, los atacantes (Borjas y otras tres personas) se dispersaron. El policía persiguió al imputado y lo encontró escondido en unos pasillos con el calzado en su poder.

b. El rechazo de defensa material ejercida por el propio Borjas Díaz, quien al final de la audiencia, “...reconoció la escena...” descripta por el agente Santos “...pero aclaró en su defensa que ‘yo tenía unas zapatillas iguales’ que me las había sacado antes el sujeto y por eso decidió actuar: ‘me quise llevar lo mío’...”. En este aspecto, el colega Yacobucci consideró que los hechos no estaban discutidos, por lo cual la disputa se trasladaba al significado de los comportamientos involucrados, en particular, su comprensión normativa (cfr. punto 1 de su voto, fs. 127vta.). Asimismo, afirmó que no había ningún elemento, incluso de naturaleza indiciaria que permitiera sostener lo afirmado por Borjas Díaz. Las fotografías incorporadas en su legajo de personalidad (fs. 17), exhibidas en el debate, permitían advertir que el imputado estaba calzado al momento del hecho; es decir, no estaba descalzo buscando sus zapatillas sino que junto con un número relevante de personas, aprovechó el estado en que se encontraba Bentancourt para agredirlo y despojarlo de sus bienes.

2. Por su parte, la defensa planteó en su recurso que los dichos de Borjas Díaz en torno a la propiedad de las zapatillas no fueron controvertidos en el debate, atento a que “...no se ha podido contar con el testimonio de la presunta víctima, quien pese a haber sido notificada no compareció a la audiencia llevada a cabo...” (cf. fs. 141).

3. El testimonio de la presunta víctima resultaba relevante para la resolución del caso y su ausencia no puede ser suplida con el testimonio del agente Santos, tal como correctamente se afirma en el voto precedente. Por lo tanto, esta carencia incide de manera determinante en la suerte del recurso planteado. En este aspecto, lo visto por el agente Santos y el calzado que vestía Borjas Díaz al momento del hecho no son concluyentes; si tenemos en cuenta la situación de calle en que se encontraban todos los involucrados, la falta de comprobación de lo ocurrido en los momentos previos a la escena vista por el agente Santos y la circunstancia de que no necesariamente el despojo alegado por Borjas Díaz implica que debía estar descalzo al momento del hecho, nos lleva a afirmar que en el caso existe *una duda razonable* sobre la manera en que se produjo el hecho que se consideró probado en la sentencia recurrida.

4. En diversas sentencias y trabajos anteriores nos hemos referido al alcance de la *duda* en el proceso penal y qué debe entenderse por *duda razonable*.<sup>2</sup>

La locución “más allá de toda duda razonable” como manera de mostrar el convencimiento del tribunal de mérito sobre el hecho sometido a su decisión, proviene del derecho anglosajón y está vinculada con el sistema de valoración de la prueba propio del juicio por jurados. Su alcance y contenido ha sido objeto de controversia, cuyo análisis acometeremos a continuación.<sup>3</sup>

En el proceso penal confluyen dos principios antagónicos: la averiguación de la verdad acerca de la comisión de un supuesto delito

---

<sup>2</sup> Casos “**Taborda**” (sentencia del 02.09.2015, reg. n° 400/15) y “**Marchetti**” (sentencia del 02.09.2015, reg. n°396/15). Como integrante del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, provincia de Tierra del Fuego, pueden citarse a modo de ejemplo los siguientes casos: “Nieto” del 30.08.2008, registro n° 38, t. III, folios 414/438, protocolo 2008; “Gómez” del 5.11.2010; también el trabajo *Pautas para un futuro Código procesal penal de Tierra del Fuego. A la vez, un breve repaso sobre el estado de la legislación procesal penal en la Argentina*, trabajo elaborado dentro del proyecto de investigación *Bases para una reforma procesal penal en Tierra del Fuego* (UCES), publicado en <http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/handle/123456789/928> en coautoría con Cecilia Incardona.

<sup>3</sup> Sobre esta discusión véase LAUDAN, Larry, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), ps. 96-98; allí se reproduce el debate mantenido en la mesa redonda sobre el tema *Racionalidad y estándares de prueba* durante el XI congreso ítalo-español de teoría del derecho, en septiembre de 2005; véase también Ferrer Beltrán, Jordi, *Presentación*, DOXA, op. cit., ps. 93-94; en respuesta a Laudan intervinieron Michelle Taruffo, Marina Gascón Abellán y Juan Igartúa Salaverria, cuyas opiniones citaremos más adelante

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 2109/2015/TO1/CNC1

y cómo puede reducirse el error en esa búsqueda, falla que puede expresarse tanto en el castigo del inocente como en la absolución del culpable. En cuanto al primer error, esta averiguación de la verdad se encuentra fuertemente matizada por una serie de garantías que la limitan: la prohibición de la obligación de declarar contra sí mismo (principio del *nemo tenetur*), las prohibiciones probatorias, la inviolabilidad del domicilio, entre otras. Con respecto al error en la decisión del caso, el “núcleo duro” de la epistemología jurídica intenta establecer cómo debe estructurarse un juicio para elevar al máximo la probabilidad de que la sentencia sea verdadera, es decir, coincida con la realidad de lo efectivamente ocurrido; por su parte, el “núcleo débil” busca no tanto reducir los errores sino en la manera de distribuirlos, lo cual constituye una decisión política, pues ciertas equivocaciones son menos aceptables que otras: aquí deben incluirse la presunción de inocencia y el in dubio pro reo, claramente receptados en nuestra Constitución (art. 18) y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN; art. 8.2, CADH; art. 14.2, PIDCyP). Como dijimos, se trata de decisiones políticas donde se ha privilegiado la dignidad humana sobre otros valores. La historia nos muestra cómo la duda en otros sistemas no tan lejanos en el tiempo autorizaba el pedido de consejo a peritos en derecho y la imposición de la tortura vinculada, además, con el alto valor que se otorgaba a la confesión.<sup>4</sup> Incluso esta opción política se observa claramente en otros institutos vinculados tanto con la creación como la aplicación del Derecho penal: interpretación restrictiva de las normas que coartan la libertad durante el proceso penal; la vigencia del principio de legalidad y sus corolarios (mandato de certeza, irretroactividad de la ley penal más gravosa, proscripción de la costumbre y necesidad de contar con una ley escrita emanada del Congreso).

El objetivo de Laudan en el trabajo citado es establecer en qué consiste un estándar de prueba, cómo funciona y cuál sería uno sólido. Las rutas convencionales en el tema son la “duda razonable”

---

<sup>4</sup> Cfr. nuestra tesis doctoral, *Responsabilidad penal por el producto*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, ps. 417 y sigs.

(equivalente a la convicción íntima de los jurados) y la probabilidad bayesiana, propia de los ámbitos académicos, donde para condenar se exige una probabilidad del 90 o del 95 %.<sup>5</sup> En verdad, aquí se trata del uso de la probabilidad para *valorar* la prueba o para *probar* un hecho a través de una regla de la experiencia probabilística; en el primer caso, puede verse, entre otros el trabajo de Andreas Hoyer,<sup>6</sup> quien exige para condenar una probabilidad del 95,74 %. En estos planteos (tributarios de las ideas de Condorcet) entendemos que existe una confusión entre el grado de convencimiento exigible al juez, hecho eminentemente psíquico, y el grado de probabilidad que muestra una regla empírica sobre la aparición de un suceso. Una ley estadística describe una relación del mundo exterior y brinda una posibilidad, mientras que la “probabilidad”, en sentido psicológico, marca un determinado grado de convencimiento, ubicado entre la seguridad y la inseguridad. En definitiva, las hipótesis que se discuten en el proceso penal *no se comprueban numéricamente sino que se valoran*.<sup>7</sup>

Retornando al trabajo de Laudan, considera que la duda razonable no es más que una alta confianza subjetiva, con lo cual, ella “...queda reducida a cualquier duda que un jurado quiera utilizar para absolver a alguien...”.<sup>8</sup> Sin embargo, el estándar que nosotros entendemos aplicable intenta reducir la subjetividad al máximo posible. Los estándares de prueba se insertan en un proceso de valoración racional, y en consecuencia su papel de guías para valorar primero y para justificar después será incompleto si esa valoración y justificación no se acompaña de los criterios racionales exigidos por la confirmación. Y en este aspecto juega un papel fundamental la obligación de los jueces de motivar la sentencia. De esta forma, *una decisión jurisdiccional será legítima en tanto sólo una duda bien razonada acredite ser una “duda razonable”*. En definitiva, no se

---

<sup>5</sup> Véase el trabajo de Laudan citado, ps. 98-99

<sup>6</sup> *Der Konflikt zwischen richterlichen Beweiswürdigungsfreiheit und dem Prinzip in dubio pro reo* {El conflicto entre la libre valoración judicial de la prueba y el principio in dubio pro reo}, ZStW 1993, pp. 523-556; hay una traducción reciente bajo el título “El conflicto entre la libertad judicial en la valoración de la prueba y el principio ‘in dubio pro reo’”, realizada por Marcelo A. Sancinetti, con revisión de Marcelo D. Lerman; en Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Abeledo Perrot, n° 3, de marzo de 2015.

<sup>7</sup> Cfr. al respecto *Responsabilidad penal por el producto*, op. cit., ps. 373-377 y la bibliografía que allí se menciona.

<sup>8</sup> Cfr. autor y op. cit. p. 100.



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 2109/2015/TO1/CNCI

trata de controlar lo que se enclaustra en la mente del juzgador sino lo que él expresa en su sentencia; y éste será el punto esencial que dirima la cuestión: la necesidad de fundar correctamente la cuestión fáctica de la sentencia que debe constituir un procedimiento intersubjetivo, verificable, que permita reconstruir críticamente los pasos que llevaron al juez a tomar su decisión. En este contexto, *duda razonable significa duda razonada, o mejor, duda justificada razonablemente, donde “razonable” equivale a carente de arbitrariedad. La consistencia de la duda no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena; y a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria.*<sup>9</sup>

5. De esta manera, la ausencia del testimonio de Kevin Bentancourt durante el debate que hubiera permitido establecer la propiedad de las zapatillas, la insuficiencia del relato del agente Santos para comprobar qué ocurrió en los momentos previos al hecho y la conclusión ambigua y discutible acerca del significado de la circunstancia que Borjas Díaz estuviera calzado al momento del suceso, conducen a afirmar que existe en el caso una duda razonable.

En este sentido, no basta con que el juez de mérito se convenza de la efectiva realización de un hecho sino que, además, debe justificar racionalmente esa convicción, de tal forma que excluya cualquier vacilación de aquel tipo. Al respecto tuvimos oportunidad de señalar que “...cuando un juez afirma que ‘A cometió el hecho T’ sin utilizar la palabra probablemente, dice que existen buenas razones a favor de la verdad de su afirmación y, a la vez, que no existe ninguna duda digna de mención. También señala que cree lo afirmado y se hace responsable de ello. Es imposible, por estas razones, hablar de grados de certeza: sólo puede afirmarse que el convencimiento del juez se basa en razones que justifican su convicción sobre la verdad de la hipótesis acusatoria, según reglas de la vida práctica. Para que los terceros puedan convencerse de la verdad de la afirmación del juez, tienen que existir buenas razones intersubjetivas además de las subjetivas. La convicción del juez debe ser un convencimiento justificado, con

---

<sup>9</sup> Cfr. las intervenciones de GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), ps. 127-139; IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *Prolongaciones a partir de Laudan*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), pp. 141-150; del mismo autor, *El caso Marey*, op. cit., pp. 43-45; también nuestra tesis, *Responsabilidad penal por el producto*, op. cit., p. 471.

*fundamentos que lo hagan aceptable para un tercero, lo cual presupone una cuidadosa explicación de los hechos que incluya la eliminación de todas las hipótesis alternativas cercanas. Las razones que fundan la sentencia deben ser adecuadas para contradecir la presunción de inocencia que protege no sólo al imputado individual sino, y principalmente, los intereses de la generalidad (porque todos los integrantes de la sociedad están expuestos a caer bajo la sospecha de haber cometido un delito). Es ineludible que también las hipótesis empíricas cuenten con un fundamento suficiente; por eso se comprende por sí mismo el hecho de que una sentencia insatisfactoriamente fundada es insuficiente, sin importar el convencimiento alcanzado por el juez...”; “...las dudas relativas al caso particular resuelto por el juez siempre son relevantes y es preciso ubicarlas en el ámbito de la libre valoración de la prueba. Al juez le compete establecer la dimensión de esta duda porque pesa sobre él la responsabilidad de condenar o absolver al imputado...”<sup>10</sup>*

6. Por lo tanto, y tal como lo propone la colega Garrigós de Rébora, corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto, casar la sentencia recurrida y absolver a Roberto Andrés Borjas Díaz, sin costas. Asimismo, corresponde disponer su inmediata libertad, siempre que no existan otros impedimentos, la que deberá materializarse a través del tribunal de origen (arts. 456, incs. 1º, 470, 473, 530 y 531, CPPN).

La forma en que se resuelve el caso torna innecesario el tratamiento del resto de los agravios planteados por la defensa.

#### **El juez García dijo:**

1.- La defensa de Roberto Andrés Borjas Díaz ataca los fundamentos de la sentencia de condena de fs. 125/132, por diversos motivos: a) arbitrariedad en la fundamentación sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del imputado; b) inobservancia de los principios constitucionales de lesividad, proporcionalidad y dignidad humana; c) errónea interpretación del concepto de “banda” en el art. 167, inc. 2, C.P.; d) arbitrariedad en la fundamentación de la medida de la

---

<sup>10</sup> Al respecto, cfr. nuestro trabajo, *Responsabilidad penal por el producto*, op. cit., ps. 452-453, donde se cita a Ürs Kindhäuser, *Das Beweismaß des Strafverfahrens – Zur Auslegung von § 261 StPO [La medida de la prueba del proceso penal. Sobre la interpretación del § 261 de la Ordenanza Procesal Penal Alemana]*, Jura 1988, ps. 290-296. También la sentencia dictada el 30.09.2008, cuando integramos el Tribunal de Juicio en lo Criminal, Distrito Norte, Tierra del Fuego, en autos “Nieta” ya citados.

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 2109/2015/TO1/CNC1

pena, e infracción a los arts. 40 y 41 C.P.; e) inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 C.P.

Mientras que los agravios indicados en las letras b, c, d y e caen sin esfuerzo en los motivos de casación del art. 456 C.P.P.N., el agravio indicado en la letra a, debe ser tratado en primer orden, y a este respecto la revisión de la sentencia de condena debe llevarse adelante según los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso de Fallos: 328:3399 (“*Casal, Matías Eugenio*”) que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 23 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay).

La jurisdicción de revisión quedará circunscripta a los agravios presentados y no implicará una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445; *vide* también consid. 12, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

Aunque el objeto de la revisión no ha sido definido de modo exhaustivo en aquel precedente, él aparece implícito en alguno de los votos que conformaron la sentencia. Al menos debe estar comprendida en la revisión la construcción de la sentencia, incluso en lo concerniente a la valoración de la prueba por el *a quo*. Así se lee en el primero de los votos que “no existe razón legal ni obstáculo alguno en el texto mismo de la ley procesal para excluir de la materia de casación el análisis de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de las pruebas en el caso concreto, o sea, para que el tribunal de casación revise la sentencia para establecer si se aplicaron estas reglas y si esta aplicación fue correcta” (confr. consid. 22 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti). También se dice que “nada impide que el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación sea leído en la forma en que exegéticamente se impone y que, por ende, esta lectura proporcione un resultado análogo al consagrado en la doctrina y jurisprudencia alemanas con la llamada teoría de la *Leistungsfähigkeit*, que sería el agotamiento de la capacidad de revisión. *Leistung* es el resultado

de un esfuerzo y *Fähigkeit* es capacidad la expresión se ha traducido también como capacidad de rendimiento, con lo cual se quiere significar en esa doctrina que el tribunal de casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable” (consid. 23 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; concordemente voto del juez Fayt, consid. 7).

De modo pues que, admitido el recurso, entiendo la revisión de la sentencia debe ser emprendida ciñéndose a los agravios de la defensa, y al menos con el alcance antes señalado.

2.- Por razón de orden lógico, corresponde en primer término abordar el agravio de la defensa en punto a la existencia del hecho que se tuvo por probado, y las alegaciones de defecto de valoración de los elementos de prueba y afectación del principio *in dubio pro reo*.

En la sentencia atacada el *a quo* declaró que tenía por probado, “fuera de toda duda razonable, que el día 12 de enero de 2015 en horas del mediodía, [Roberto Andrés] Borjas Díaz, mediante un plan previo y división de funciones con al menos otros tres sujetos más, intentó apoderarse ilegítimamente de las zapatillas que calzaba Kevin Bentancourt cuando estaba dormitando en las escalinatas del edificio de la calle Santiago del Estero 1719, presumiblemente con signos de ebriedad”.

Se tuvo por demostrado en la sentencia que “el acusado y los otros tres sujetos sorprendieron a la víctima y de manera violenta comenzaron a sacarle las zapatillas. Mientras algunos sujetaban a Bentancourt para impedir una resistencia eficaz, Borjas Díaz le arrancaba violentamente el calzado” y que “a raíz de los gritos, el Agente Luis Santos que se encontraba de consigna en la zona, pudo observar la escena y, especialmente al acusado, que ya tenía una zapatilla en su poder, arrancarle la otra que todavía estaba en el pie de la víctima” que ante la intervención del policía Santos “los atacantes se dispersaron” y que el primero “corrió tras el ahora imputado a quien encontró escondido en unos pasillos con las zapatillas en su poder. Razón por la cual, Borjas Díaz no pudo consumar el suceso”.

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 2109/2015/TO1/CNC1

Afirma la defensa que la sentencia recurrida es nula, por carecer de motivación suficiente. Argumenta que se sustenta pura y exclusivamente a partir del testimonio brindado durante el debate por el Agente de la Policía Federal Argentina Luis Santos, que a juicio de la defensa sólo ha corroborado parcialmente la tesis de la acusación, pero al mismo tiempo ha robustecido el descargo del imputado.

Para abordar ese agravio, es indispensable examinar los fundamentos de la sentencia sobre cuya base determinó la existencia del hecho.

El *a quo* se apoyó de modo decisivo en la declaración testifical del agente de policía Luis Miguel Santos. Afirmó que ella no ofrecía reparo en cuanto a su integridad, consistencia y razones de los dichos, y le asignó sobre esa base “alta confiabilidad probatoria”.

No se ha puesto a disposición de esta Cámara un registro documentado de la declaración integral del policía, porque nada obra en el acta de debate, ni tampoco surge de ella que la audiencia hubiese sido registrada en audio y/o video (fs. 118/123). Todo lo que se conoce, se conoce a partir de las expresiones que se reproducen y se valoran en la sentencia, expresiones que no están puestas en disputa por el recurrente, que se ciñe a discutir su valor probatorio.

El *a quo* ha partido de lo declarado por el policía en cuanto relató que se encontraba de consigna en frente del lugar del hecho, próximo a un camión estacionado en esa calle, que escuchó gritos, se movió y pudo ver a un hombre que era agredido por varias personas. Relevó también que el testigo dijo haber observado al imputado, que ya tenía en su poder una zapatilla, arrancándole al agredido la otra que todavía conservaba puesta, que expuso que al intervenir, el acusado se “metió en el mercado” y “trató de esconderse”, que pudo encontrarlo y secuestrar las zapatillas que tenía en su poder.

Relevó también que el testigo afirmó que los atacantes eran entre cuatro o cinco personas y que parecían “indigentes”, que “sujetaban” al damnificado y que declaró que pudo ver el momento exacto en que el imputado le arrancaba la segunda zapatilla. Destacó que según el testigo la víctima lloraba y que pudo reconocer en el lugar su

calzado. Y finalmente relevó que el testigo dijo que al ser detenido el imputado expresó “perdí”.

El tribunal de juicio entendió que la declaración del testigo tenía coherencia interna, y que “puesta en relación con las otras pruebas, también ha encontrado corroboración -coherencia externa- de modo tal que la consistencia de su contenido queda a resguardo de cualquier duda o error”. A ese respecto señaló que ella “coincide con las actas de fs.4 y fs.5, al igual que con el croquis de fs.8”.

El acta de fs. 4 documenta la detención del imputado, la de fs. 5 documenta el secuestro de las zapatillas en el interior de la feria de Santiago del Estero 1799, y el croquis de fs. 8, realizado por el agente Santos, ilustra sobre el lugar del hecho, sobre su ubicación en la acera opuesta, y sobre el lugar de detención del imputado.

El *a quo* se ha expresado sobre la “alta confiabilidad probatoria que cabe asignarle en punto a la reconstrucción del ilícito y la actuación penalmente significativa de Borjas Díaz en éste”. Ha sostenido también que “Más allá del distinto peso que en términos de evidencia pueden tener el testimonio de quien observa de manera directa lo que acontece y las verificaciones documentales, fotográficas y periciales, lo cierto es que todos esos elementos de juicio concurren de manera coherente para permitir recrear el ilícito y los comportamientos exteriorizados por los atacantes y, en ese marco, situar la sustracción ejecutada por el imputado”.

Ahora bien, el *a quo* ha reconstruido el hecho a través del relato del policía, y lo ha considerado validado por las actas y croquis mencionado. Si bien se mira, todos se remontan a la misma fuente. Por un lado el policía declaró en la audiencia lo que vio, por otro, las actas documentan lo que había hecho el policía inmediatamente después de su intervención en el momento y lugar del hecho.

Más allá de la coherencia interna del relato del testigo, y de la fuerza de validación que le ha asignado el tribunal de juicio a los elementos citados, sobre cuya base se ha reconstruido históricamente el hecho atribuido al imputado, reconstrucción que la defensa no discute, observo que, sobre la base de lo que había declarado el imputado en la

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 2109/2015/TO1/CNC1

audiencia, la defensa había puesto en cuestión que las zapatillas, de las que el policía vio que Borjas Díaz despojaba a Kevin Bentancourt, fueran de propiedad de éste.

Surge del acta de la audiencia, que al cabo de la recepción de la prueba, y antes de que el Fiscal General presentara su acusación, el imputado había hecho declaraciones sobre el hecho imputado. Sin embargo el acta no recoge textualmente sus dichos, y en ella se sintetiza la frase “el nombrado dio su versión de los hechos, negando su comisión e indicando que sólo se quiso llevar lo que era de él” (fs. 119 vta.). Surge también que después de que la fiscalía y la defensa habían presentado sus conclusiones y pretensiones, el imputado había ejercido el derecho de ser oído por última vez. Sólo consta en ella que el imputado “[hizo] uso de este derecho por unos segundos en los que refirió ‘sólo recuperé mis cosas’ (sic)”.

En otros términos, el imputado se defendió materialmente afirmando que las zapatillas no eran ajenas sino propias.

El *a quo* ha desechado esa defensa. Ha destacado que “el propio Borjas Días en su declaración peticionada al Tribunal al final de la audiencia, reconoció la escena que describió el testigo, pero aclaró en su defensa que “yo tenía unas zapatillas iguales” que me las había sacado antes el sujeto y por eso decidió actuar: “me quise llevar lo mío”. Si bien se observa, el *a quo* reproduce algo que no está literalmente en el acta, y que se refiere a la identidad del calzado, pues la frase “yo tenía unas iguales” no consta en el acta, aunque según expresa el tribunal el imputado las consideraba suyas al decir “me quise llevar lo mío”.

En la sentencia se afirma que “cabe descartar lo alegado por la defensa, a partir de lo expresado por Borjas Díaz, en punto a la noción de ‘ajeno’ respecto de las zapatillas arrancadas por el imputado a la víctima. Y esto de dos perspectivas: la primera en cuanto al soporte fáctico de lo expuesto; la segunda desde la aproximación normativa”.

El *a quo* afirmó que “no hay nada, siquiera de naturaleza indiciaria, que permita sostener lo manifestado por el imputado. Antes bien, no se advierte que éste estuviera descalzo y buscando ‘sus zapatillas’ sino que junto con un número relevantes de personas

aprovecharon el estado en que se encontraba Bentancourt para agredirlo y despojarlo de sus bienes”. A este respecto relevó que en la fotografía de fs. 17 tomada el día de su detención el imputado aparecía calzado. Sobre esa base afirmó “Este punto tiene valor crítico evidente pues pone en crisis lo indicado por el acusado en su indagatoria sobre el final del debate”.

También relevó que la huida constituía un indicio al que se sumaba lo declarado por el policía Santos “cuando describe la reacción de Borjas Díaz al ser detenido”.

Se ha declarado en la sentencia que “la ausencia de Bentancourt en la audiencia de debate no tiene la entidad que le asigna la defensa, por cuanto aquél reconoció frente a Santos que las zapatillas recuperadas eran suyas -además tenía la posesión de éstas- y el funcionario además observó in fraganti delito al acusado”.

A este respecto es errada la queja de la defensa que califica a la decisión de arbitraria. Sin embargo, a partir de la doctrina de la Corte Suprema en el caso “*Casal, Matías Eduardo*” la jurisdicción de esta Cámara de Casación no está ceñida a remediar la arbitrariedad fáctica. Y comprende a la revisión de la construcción de la sentencia, incluso en lo concerniente a la valoración de la prueba, y en particular, si se han dado razones con arreglo a la sana crítica para sostener, fuera de toda duda razonable, que el imputado ha satisfecho todas las condiciones de hecho para la aplicación de una pena.

Entiendo que el tribunal ha seguido las reglas de la lógica y la experiencia al rechazar la defensa material del imputado, sin embargo, aunque sus conclusiones son posibles conforme a esas reglas, no ha podido establecer más allá de toda duda razonable, sobre la base de la evidencia disponible, la ajenidad de la cosa.

En efecto, en el juicio no pudo ser oído Kevin Bentancourt, porque no fue hallado para que diese su versión de lo ocurrido. Tampoco se admitió la incorporación por lectura de la declaración que había prestado en la etapa anterior (fs. 119/119 vta.). De modo que el Tribunal sólo tenía a su disposición dos elementos para establecer la ajenidad de la cosa. Kevin Bentancourt tenía las zapatillas



## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 2109/2015/TO1/CNC1

puestas y el imputado ya lo había despojado de una de ellas cuando el policía lo observó a punto de sacarle la segunda. Seguidamente se alejó y cuando el policía lo persiguió huyó. Por lo regular esto ofrece indicios fuertes para formarse una certeza sobre la propiedad de la cosa. Normalmente cualquier persona común inferiría que un transeúnte lleva puesto calzado propio y requeriría de otras informaciones adicionales para aceptar una hipótesis distinta. Pero sucede en la especie que tanto Kevin Bentancourt y Roberto Andrés Borjas Díaz eran personas en una situación especial, el policía Santos declaró que “parecían indigentes”, y el imputado ha dicho estaba en situación de calle. Personas en tal situación de marginalidad suelen tener sólo “lo puesto”, y nadie averigua cómo han llegado a poseer “lo puesto”.

Tomo nota de que nada puede reconstruirse desde de la pobre versión del imputado en punto a que recuperó algo que le era propio. Ha dicho poco, y no estuvo en el juicio Kevin Bentancourt para contradecirlo. Que el imputado estuviese calzado, como releva el *a quo*, es un indicio no decisivo, porque no se puede reconstruir nada en punto a cómo la presunta víctima habría obtenido el calzado, y lo único que hay es el dicho del imputado que dice que las recuperó porque eran de él.

La declaración testifical rendida en la audiencia oral y pública por el policía Santos sólo acredita que el imputado estaba despojando al señor Bentancourt de las zapatillas que calzaba. Según la comprensión social de la situación el policía reaccionó e intervino ante la presunción de un robo, pero sus dichos no pueden definir la propiedad del calzado más allá de la presunción que establecía el Código Civil vigente al momento del hecho, cuyo art. 2412 declara: “La posesión de buena fe de una cosa mueble, crea a favor del poseedor la presunción de tener la propiedad de ella, y el poder de repeler cualquier acción de reivindicación, si la cosa no hubiese sido robada o perdida”.

Por cierto, también es pertinente relevar que el art. 2362 de ese Código declara que “Todo poseedor tiene para sí la presunción de la buena fe de su posesión, hasta que se pruebe lo contrario, salvo los casos en que la mala fe se presuma”.

Si se hubiese tratado de una acción de reivindicación o un interdicto para recuperar la posesión promovida por el aquí imputado, esas disposiciones habrían sido suficientes para que el poseedor resistiese en derecho cualquier reclamo, pues podría oponer la propiedad frente al imputado, afirmando que poseía las cosas muebles de buena fe. Y habría cargado el reclamante con destruir la presunción. En otros términos, caería sobre él la carga de la prueba de la mala fe de la posesión.

Pero sucede que se trata de dos indigentes, y que no se trata de una acción de reivindicación o un interdicto, sino de la alegada recuperación por violencias de hecho, de lo que se dice propio. El aquí traído a juicio afirma que la cosa era suya y no hay quien afirme que no lo era, porque el poseedor no ha sido hallado. Pedirle al imputado que demuestre que era propia, como sí podría exigírsele en una acción civil, implicaría una inversión de la carga de la prueba. Incumbe al acusador demostrar fuera de toda duda razonable que la cosa era ajena.

Tomo nota también de que, según el policía Santos, la presunta víctima habría reconocido las zapatillas como propias. En suma, aunque hay indicios de que las zapatillas podrían ser de propiedad de quien las calzaba, esto no puede ser establecido fuera de toda duda razonable en las circunstancias del caso. El tribunal de juicio no ha podido conocer a la presunta víctima, ni recibir su versión, ni tampoco ha tenido otras informaciones que permitan suplir su indisponibilidad. En particular, la defensa no lo ha podido confrontar para determinar si poseía las zapatillas de buena fe.

Aquí es necesario advertir que ningún aporte adicional ofrecen las reglas de flagrancia. En un sentido estricto sólo puede calificarse de flagrante la conducta de quien es sorprendido en el momento de cometer un delito, eventualmente, también es flagrante la conducta cuando alguien es sorprendido inmediatamente después de cometerlo, en circunstancias que evidencien que acaba de cometerlo. Sin embargo, el art. 285 del C.P.P.N. no ofrece sustento normativo a una regla probatoria, pues no establece patrones o criterios para la formación de una convicción de condena, sino que constituye una regla legal que define supuestos de hecho en los cuales está autorizada la detención de

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 2109/2015/TO1/CNC1

una persona prescindiendo de una orden judicial. En otros términos, esta disposición nada dice acerca de las inferencias probatorias que puedan extraerse de los supuestos que enuncia. En efecto, que una persona sea sorprendida en el momento de cometer un delito, presupone una comprensión *prima facie* de que está cometiendo un “delito”, o de que tiene cosas provenientes de un delito, en el sentido de que está realizando o acaba de realizar los elementos que definen a su acción como delito. A los fines de la aprehensión basta una comprensión espontánea según la experiencia social, aunque después se revele que faltaba alguno de los elementos que calificaban a la acción como delito.

En todo caso, elementos que tenía consigo el imputado en el momento de la aprehensión, junto con otros, podrán formar el acervo de elementos de convicción de una sentencia judicial, pero los supuestos procesales de flagrancia extendida, no son equiparables, en su valor convictivo, al valor de la declaración testifical de quien ha sorprendido al agente en la comisión del delito, o inmediatamente después de cometerlo.

Concluyo que existe pues un estado de duda sobre la propiedad de las zapatillas, y la única persona que podría eventualmente haber despejado la duda acerca de la propiedad era Kevin Bentancourt, que no pudo ser convocado y oído en el juicio.

Observo, por otra parte, que el *a quo* ha declarado que “el acusado no estaba amparado por un obrar legítimo en defensa de algún bien, aún si se asumiera su relato”. Al respecto afirmó que “de sus propias manifestaciones surge que las zapatillas eran ‘iguales’ a las que declara haber tenido él, pero no las que habrían sido de él”. En otro orden entendió que “la referencia temporal que expone, determina que no podía actuar por su cuenta en la recuperación de un bien obtenido en un hecho -supuestamente ilícito- que había cesado”.

Estas expresiones requieren dos reflexiones. Por un lado el *a quo* se apega a la parca declaración del imputado, en la que, según la reproduce el propio tribunal en la sentencia, no se ciñó a decir que tenía unas zapatillas iguales, sino que concluyó afirmando “me quise llevar lo mío”. El imputado estaba afirmando que eran propias. En todo caso, no

se ha sustanciado una controversia sobre la posibilidad de error sobre el objeto, en el sentido de que el imputado hubiese confundido las zapatillas que calzaba el señor Bentancourt con unas propias. Simplemente ha dicho que esas eran las suyas.

Ha declarado el *a quo* que “Asumiendo que la posesión de algo tan particular como un calzado sostiene la legitimidad *prima facie* del título, lo expuesto largamente por la defensa no tiene soporte normativo que justifique la actuación de Borja Díaz”.

Ahora bien, si no se establece fuera de toda duda que las zapatillas fuesen para el imputado “ajenas”, en el sentido del art. 164 C.P., a cuyo efecto, como ya se ha expresado, no alcanza con la presunción de los arts. 2362 y 2412 C.C., entonces no se suscita una cuestión de justificación, sino simplemente de tipicidad. La recuperación violenta de la cosa mueble propia no cae bajo esa disposición. Por cierto, ello no excluiría la tipicidad bajo la luz de otras disposiciones, por ejemplo la que define la coacción en el art. 149 *bis* C.P. o las lesiones de los arts. 89, 90 y 91 C.P. Sin embargo, el *a quo* no ha tenido por probado amenazas o coacciones, sino, simplemente vías de hecho violentas para despojar a la presunta víctima de las zapatillas. Ni tampoco se ha tenido por probado que las violencias hubiesen acarreado lesiones a la presunta víctima.

De ese modo, se vuelve inoficioso examinar si el imputado pudo haber obrado amparado por alguna causa de justificación, porque esta cuestión presupone un juicio acerca de que el imputado ha satisfecho al menos todos los elementos de hecho del supuesto objetivo y subjetivo de un tipo legal.

**3.-** En razón de las consideraciones precedentes, concluyo que con los elementos de prueba que el *a quo* tuvo a su disposición, producidos de modo regular en el juicio, no puede tenerse por probada la ajenidad de la cosa objeto del delito de robo agravado por el que Roberto Andrés Borjas Díaz fue acusado, y por ende, tampoco la existencia del hecho, ni la responsabilidad del imputado.

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 2109/2015/TO1/CNC1

Ello torna inoficioso el abordaje de los otros agravios traídos por la defensa en su recurso de casación y, en consecuencia, corresponde absolverlo por aplicación del art. 3 C.P.P.N.

Concurro así a la solución que viene propuesta.

En virtud del resultado del acuerdo que antecede, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional

### **RESUELVE:**

**I-) CASAR** la resolución de fs. 125/132 y **ABSOLVER** a Roberto Andrés Borjas Díaz, de las demás condiciones personales obrantes en autos, en orden al hecho que se le imputó en la presente causa (artículos 3, 402, 456, 459, 468, 469 y 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

**II-) DISPONER LA LIBERTAD** en relación a este proceso de Roberto Andrés Borjas Díaz, la que será hecha efectiva por el tribunal de la causa, siempre que no existan otros impedimentos que obsten a su liberación (artículos 402 y 473 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese y oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; Lex100), y remítase sin demora al tribunal de procedencia a los fines dispuestos en el dispositivo II, sirviendo la presente de atenta nota envío.

El Dr. Horacio L. Dias no intervino en la presente por encontrarse en uso de licencia. La Dra. María Laura Garrigós de Rébori lo hizo en su lugar conforme la regla práctica 18.11 del Reglamento de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional).

María Laura Garrigós de Rébori   Luis M. García   Eugenio C. Sarrabayrouse

Ante mí:

Paula Gorsd

Secretaria