

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

Reg. n° 691/2016

///n la ciudad de Buenos Aires, al 1er día del mes de septiembre del año dos mil dieciséis, se reúne la sala I de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Horacio L. Días, Luis M. García y Gustavo Bruzzone, asistidos por el secretario actuante, Santiago Alberto López, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 343/368 en la presente causa n° CCC 38294/2012/TO1/CNC1, caratulada “**Juárez Brian Ezequiel s/ robo con armas**”.

RESULTA:

I. Que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 de esta ciudad, mediante la sentencia dictada el 27 de mayo de 2015, cuyos fundamentos fueron leídos el 29 de mayo de 2015, falló: “...I) *No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad efectuado por la defensa;* II) *Condenar al imputado Brian Ezequiel Juárez a cumplir la pena de seis años y ocho meses de prisión, accesorias legales y el pago de las costas, por ser coautor del delito de robo agravado por haber sido cometido mediante el uso de armas de fuego (arts. 12, 29 inc. 3, 45, 166 inc. 2 segundo párrafo del Código Penal y 403, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).*”

Contra dicho pronunciamiento, interpuso recurso de casación el Señor Defensor Público Oficial del nombrado, doctor Juan Antonio Tobías (cfr. fs. 343/368), el que fue concedido a fs. 369, y mantenido ante esta instancia a fs. 374.

II. El recurrente, encarriló sus agravios en ambos incisos del art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

Consideró que la resolución del tribunal de juicio es arbitraria, ya que se ha incurrido en errónea aplicación de la ley sustantiva en cuanto a la significación legal de la conducta que fue materia de imputación, con afectación de la defensa en juicio y el debido proceso (art. 18 CN). Asimismo, sostuvo también que el planteo que han realizado no ha recibido suficiente análisis y respuesta jurisdiccional en punto al estado de duda que se presenta acerca de las condiciones en las que habría estado el arma que se dice utilizada en la ejecución del hecho.

Agrega que, con basamento en el principio *favor rei*, no es posible sostener con certeza que el hecho se ejecutó con un arma de fuego que tenía colocado un cargador con proyectiles, por lo que dicha circunstancia conduce a que la correcta calificación legal del hecho sea la del art. 164 C.P.

Como segundo agravio, reclama la nulidad de la sentencia recurrida, por entender que el tribunal oral no ha dado una respuesta jurisdiccional suficiente al pedido de relativización de los mínimos legales de la escala penal aplicable, a partir del reconocimiento de que se trata de límites meramente indicativos y que pueden flexibilizarse, aplicando menos reacción punitiva que la prevista como piso legal.

Además, entendió que no se ha abordado adecuadamente el planteo de inconstitucionalidad de los mínimos legales punitivos y la cuantía punitiva mínima que surge de la calificación legal seleccionada - art. 166, inc. 2º, párrafo segundo, del Código Penal- para la conducta por la cual se lo responsabiliza penalmente.

Por último, refirió que la resolución impugnada también es arbitraria y contraria a las pautas legales en lo que hace a la mensura de la pena finalmente aplicada a su defendido.

Agregó que en el presente caso se trata de un joven de apenas veintidós años de edad y que a partir del fallo recurrido debería pasar más de seis años de su vida en prisión, como contrapartida de un hecho en el que no se lesionó a ninguna persona, y no comprobó que el bien jurídico vida haya estado en peligro cierto, siendo que el perjuicio patrimonial ha quedado reducido a la pérdida de un teléfono móvil y de las llaves de un vehículo, por lo que hay una desproporción entre tales circunstancias y la reacción punitiva.

Hizo reserva también del caso federal.

III. La Sala de Turno de esta Cámara analizó la admisibilidad del recurso presentado y resolvió darle trámite en los términos del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (cfr. 377).

IV. Durante el término de oficina previsto en los arts. 465, párr. 4, y 466 del cuerpo legal citado, la defensa oficial presentó un escrito, apoyando los argumentos del recurso.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

En dicha presentación, la defensa alegó errónea aplicación de la ley sustantiva en cuanto a la significación legal de la conducta que fue materia de imputación, solicitando que se modifique por la de robo simple.

Indicó que los judicantes omitieron expresar en qué se basaron para considerar por qué es razonable el mínimo legal previsto para el delito por el cual se lo condenó a Juárez. Además, ante la potencial puesta en peligro a la integridad física de las personas, dicha defensa alega que no es un motivo suficiente, como para otorgar racionalidad a una pena.

En efecto, resaltó que en el hecho no se dieron características violentas, más allá de haberse señalado la exhibición de un elemento como si se tratara de un arma de fuego. Asimismo, el propio damnificado dijo que los tres individuos estaban asustados y que el trato para con él, si bien fue firme, no fue agresivo.

Por ello, la defensa entiende que de haberse valorado las circunstancias mencionadas junto a las condiciones personales de su asistido, se habría arribado a la conclusión de que el mínimo punitivo previsto para el delito que se le enrostra resulta desproporcionado e irracional.

V. Durante la audiencia celebrada a tenor de los arts. 465 y 468 del Código Procesal Penal de la Nación, la defensa mantuvo en todos sus términos el recurso presentado.

VI. Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizada la audiencia, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Horacio Leonardo Días dijo:

I.- Inicialmente corresponde señalar que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible, toda vez que la sentencia recurrida es de aquellas definitivas previstas en el art. 457 del C.P.P.N., la parte recurrente se encuentra legitimada para impugnarla -arts. 458 y 459 del C.P.P.N.-, los planteos esgrimidos encuadran dentro de los motivos previstos por el art. 456 del C.P.P.N., y se han cumplido los requisitos de

temporaneidad y fundamentación requeridos por el art. 463 del citado código ritual.

II. Abordada la admisibilidad del recurso articulado, y previo a ingresar al tratamiento de los agravios traídos a estudio por el recurrente, es preciso recordar que el Tribunal tuvo por probado, en consonancia con la acusación deslindada en el requerimiento de elevación a juicio de fs. 139/142, la materialidad de los hechos sujetos a análisis, en los siguientes términos:

Hecho: *“...que el día 7 de octubre de 2012, a las 21:30 horas aproximadamente, cuando conjuntamente con otro hombre de quien no se tienen datos, y un joven de quince años de edad, Abraham Gabriel Juárez—quien fue declarado no punible y sobreseído el día 10 de octubre de 2012-, le sustrajeron, a Christian Damian Filsti, el automóvil marca Honda, modelo City, dominio LRV-999, en la intersección de las calle Riglos y Rosario, de esta ciudad, haciendo uso de arma de fuego la cual estaba apta para el disparo. En esas circunstancias, los tres hombres sorprendieron al damnificado, en momentos en que estaba con el auto estacionado sobre la primera de las arterias mencionados, y haciendo uso de un arma de fuego, le exigieron que les hiciera entrega del rodado y de sus pertenencias. Así fue como Filsti descendió del rodado, y les hizo entrega de una billetera con elementos varios, junto con un teléfono celular. Luego de ello, los tres autores subieron al auto y se dieron a la fuga perdiéndolos de vista.*

Efectuada la denuncia, se irradió alerta policial por lo que el Cabo Tranquilino Fernández por un lado, iniciando sendas persecuciones hasta Zelarrayan y Pichenta, en donde el mencionado vehículo detuvo su marcha bajando los tres hombres, quienes se dieron a la fuga corriendo por Pichenta.

Allí el Cabo Fernández comenzó una persecución de uno de los autores, por calle Pichenta, doblando luego por la Avenida Cobo, llegando a la detención de quien dijo ser Brian Ezequiel Juárez, menor, en Cobo al 1134, secuestrándosele de entre sus ropas un arma de fuego tipo pistola calibre 9 mm con inscripciones ‘Bersa Thunder 9 S.A. Ramos Mejía Argentina’ y ‘13736157’.

En tanto el Cabo Schiaffini, a cargo del móvil 212, al llegar a Pichenta y Zelarrayan, observó a los tres autores de la sustracción del rodado que corrían por Pichenta, y que en persecución de uno de ellos que se dirigía a la Av. Cobo iba el

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

encargado del móvil 312, por lo que de los dos restantes, uno retomó su marcha hacia dónde él se encontraba, logrando así la detención del aquí imputado.”

Sobre esa base, los jueces consideraron que Brian Ezequiel Juárez debía responder como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido mediante el uso de armas de fuego (arts. 12, 29 inc. 3, 45, 166 inc. 2 segundo párrafo del Código Penal)

Sentado ello, corresponde ahora ir dando respuesta a los agravios conforme se encuentran presentados.

1º Agravio: Arbitraria valoración de la prueba.

Ahora bien, como ya vimos, el impugnante entiende que la calificación legal escogida por el *a quo* en cuanto aplicó la agravante prevista en el segundo párrafo del inciso 2º del artículo 166 del Código Penal (que establece un incremento de la escala penal que oscila entre los 6 años y 8 meses y los 20 años de prisión, si el arma utilizada es de fuego) ha sido arbitraria y, por ende, erróneamente aplicada.

De la lectura del hecho tenido por probado -cuya materialidad, y autoría vale destacar, ha sido además reconocida por el propio condenado Juárez a través de su confesión durante el debate, al referir que “...se encuentra sincera y absolutamente arrepentido de lo que hizo...”, surge con suma claridad cómo ha ocurrido el suceso que el tribunal tuvo por acreditado para atribuirle a Juárez, consecuentemente con ello, su comisión con un arma de fuego, demostrando a todas luces la carencia de fundamentación del agravio traído a estudio por la defensa.

Es que al contrario de lo sostenido por el recurrente, la sentencia impugnada muestra una conclusión fundada y razonable respecto a la prueba concerniente a la intervención y responsabilidad que le asignó a Brian Ezequiel Juárez en la comisión del suceso que en el decisorio aquí impugnado se ha tenido por acreditado.

En efecto, la resolución recurrida exhibe un adecuado apego a las pautas de valoración probatoria derivadas de la regla fundamental del estado jurídico de inocencia y de la regla legal de la sana crítica racional. Así entonces, luego de una revisión de carácter amplio de la condena, en función de lo dispuesto en el artículo 8.2h de la Convención Americana

sobre Derechos Humanos, puedo afirmar que, en el caso, los jueces del juicio han arribado a una decisión respetuosa de las pautas definidas por aquellos principios normativos, propios de toda tarea de reconstrucción del suceso objeto de la sentencia.

Se observa así que el tribunal oral analizó y valoró de forma detenida, objetiva y precisa la prueba reunida en el proceso e incorporada al debate, compatibilizándola con las declaraciones brindadas por los testigos del hecho.

En efecto, el *a quo* tuvo por probado que el 7 de octubre de 2012, en la calle Riglos de esta ciudad, a las 21.30 horas, Brian Ezequiel Juárez junto a otros dos sujetos, despojaron a Christian Damían Filsti del automóvil Honda modelo “City”, dominio LRV-999, y de sus pertenencias y objetos de valor, mediante la exhibición de un arma de fuego. Para llegar a esa conclusión, se tomó en cuenta la declaración del damnificado, el relato de los preventores Tranquilino Nicolás Fernández y Gabriel Schiaffini, así como también el contenido de las actas de secuestro de fs. 7, 9 y 16.

En función de todo ello, se tuvo por probado que Brian Ezequiel Juárez junto a otros dos cómplices, transportaron sin la debida autorización legal y en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar anteriormente señaladas, e inmediatamente después, hasta el momento de la detención, aquel arma que se encontraba en condiciones inmediatas de ser utilizada, en tanto ésa era llevada en un lugar público, cargada y resultando ser apta para producir disparos; siendo además idóneas las municiones que alojaba. El tribunal tuvo por probado este suceso con base en el acta de fs. 7 labrada por el Cabo 1º Fernández Tranquilino, que da cuenta de la formalización del secuestro de un (1) arma de color negra con la inscripción “Bersa n° 13-736157 Thunder 9 Bersa S.A., Ramos Mejía Argentina”, conteniendo diecisiete (17) municiones en su almacén cargador, calibre 9mm.

También se valoraron a fin de completar dicho cuadro probatorio, las declaraciones de los testigos del procedimiento José Luis Jato (a fs. 10), Guido Pablo Veneziale (cfr. fs. 11), Andrés Fabio Zen y Horacio

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

Eduardo Carrasco; y el acta de fs. 8, instrumento por el cual se da cuenta de la detención de Brian Ezequiel Juárez.

Se tuvieron especialmente en cuenta los informes médicos de fs. 29 y 66, en tanto éstas y confirmaron que el imputado Juárez se encontraba lúcido y orientado, en tiempo y espacio.

Se valoraron también los informes del Registro Provincial de Armas (REPAR) –fs. 96/9 y 176 los que dan cuenta que el arma secuestrada había sido sustraída al policía Gustavo Oña Rosales (ver fs. 106), confirmando el RENAR a fs. 100 que dicha pistola había sido vendida a la Policía de la Provincia de Buenos Aires.

De la reseña efectuada, se puede observar entonces que el tribunal de juicio llevó adelante una adecuada reconstrucción de los sucesos materia de debate. En efecto, compatibilizó los relatos de los testigos con la prueba documental incorporada en la audiencia, y llegó a una fundada conclusión acerca de la existencia del hecho y de la participación del señor Juárez en el suceso, todo lo cual luce absolutamente razonable.

En relación con la conclusión a la que arribó el tribunal acerca de la aptitud para el disparo del arma de fuego secuestrada, se señaló en la sentencia que la pericia balística practicada por la Superintendencia de Policía Científica de la Policía Federal Argentina determinó que al momento del examen pericial, *“la pistola semiautomática de simple y doble acción, calibre 9x19mm marca Bersa, modelo Thunder-9 – serie 13, número 736157 al momento del examen pericial resultó ser: apta para el tiro y de funcionamiento normal”*; mientras que, respecto de las municiones, resultó probada la idoneidad correspondiente a ese arma, mediante la ampliación de la experticia balística anterior, realizada por la misma repartición policial, en la que se concluyó: *“Al momento del examen pericial, los tres (3) cartuchos de bala calibre 9x19mm sometidos a prueba de disparo con el arma de causa resultaron: aptos para sus fines específicos”* (cfr. fs. 134/136).

En este sentido, se observa que el *a quo* ponderó en forma correcta los elementos probatorios obrantes en el proceso.

Por lo expuesto hasta aquí, se debe señalar que en la sentencia se ha realizado una correcta valoración de las pruebas producidas, sin que

haya arbitrariedad alguna en su ponderación, razón por la cual corresponde, en este aspecto, confirmar la decisión recurrida.

Por último, tal como acertadamente exponen los magistrados en la sentencia impugnada, corresponde encuadrar la conducta de Brian Ezequiel Juárez como constitutiva del delito de robo con un arma de fuego (prevista en el artículo 166, inciso 2º, segundo párrafo, del Código Penal). En respuesta al planteo defensivo acerca de la imposibilidad de calificar el hecho de tal modo, dado que el arma si bien fue incautada al sujeto que estaba con él no se demostró que estuviera cargada al momento del hecho, dicho planteo podrá no prosperar, teniendo en cuenta los relatos brindados por el damnificado, en el sentido de que “...quien le apuntó con el arma se subió al auto de acompañante, el del medio -porque calcula que tenía 16 años- fue quien conducía y el chiquito quedó allí, y se lo notaba muy asustado...”, sumado a que luego la pistola fue secuestrada entre las ropas del menor al momento de su detención; todo lo cual permite razonablemente concluir que el consorte de causa fue quien llevaba el arma en cuestión.

En este caso, como la autoría en el delito de robo con armas no exige que la apoderación ilícita se ejecute exclusivamente de mano propia, dado que siempre se trata de un hecho planificado por todos y ejecutado conforme a la división de tareas preestablecida, en virtud de la regla de la comunicabilidad de las circunstancias -arts. 47 y 48 del C.P.-, basta que uno solo de los coautores emplee un arma para que todos deban responder por ello, aunque resulta irrelevante que quien portaba el arma haya logrado huir (cfr. Romero Villanueva, Horacio; “Código Penal de la Nación, y legislación nacional comentada y anotada”, cuarta edición ampliada y actualizada, 2010; p. 684)

Entonces, como claramente se desprende de todo lo dicho hasta aquí, se advierte que la calificación legal finalmente escogida ha sido correctamente aplicada.

Por ello, ante tal cuadro probatorio, y como dijéramos más arriba, al carecer de apoyatura en las constancias de la causa, el agravio, en lo que a este punto respecta, será rechazado.

**2º Agravio: Inconstitucionalidad del artículo 166 inciso 2º
segundo párrafo del CP.**

Cabe ahora referirse al planteo de inconstitucionalidad del tope mínimo en la escala penal prevista por el art. 166 del CP en su inc. 2º, segundo párrafo, para la figura agravada del delito de robo por haber sido cometido con arma de fuego, que introdujo la defensa del imputado Juárez en esta instancia.

He sostenido en la causa nº 43506/2012/TO1/CNC1, resuelta el 30 de mayo, registro nº 400/16 de esta Sala III, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, por lo que únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría así el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar leyes (C.S.J.N., Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300: 241,1087; 314:424).

Asimismo, el Superior Tribunal de la Nación ha señalado que el congreso es el único órgano de poder que tiene la potestad de valorar conductas, constituyéndolas en tipos penales reprochables y decidir sobre la pena que estima adecuada como reproche a la actividad que se considera socialmente dañosa (C.S.J.N. Fallos: 209:342). Ha consignado en tal sentido que *“resulta propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas, y asimismo, y en su consecuencia, aumentar o disminuir la escala penal en los casos en que lo estime pertinente”* y que *—sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para*

establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada” (Fallos: 314:424 “Pupelis, María Cristina y otros s/ robo con armas”; causa n° 6491).

Además, ha reconocido que es ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (C.S.J.N. Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424). Se trata pues de las llamadas cuestiones o actos políticos, propios de los poderes políticos - Legislativo y Ejecutivo- y que, por tanto, no son justiciables por ser actos discrecionales de aquellos.

Sostener que todos los actos o cuestiones -aún las políticas- son justiciables sería establecer el gobierno de los jueces, cosa inaceptable para el sistema republicano que nos rige.

Cabe asimismo recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado, como principio, que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos 302:973), y la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra misma de la ley (Fallos 299:167), de manera tal que los jueces no pueden sustituir al legislador sino que deben aplicar la norma como éste la concibió (Fallos 300:700); De igual forma, las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras que emplean sin violentar su significado específico (Fallos 295:376), máxime cuando aquél concuerda con la aceptación corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 312:311, considerando 8°), evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo la unas por las otras y adoptando, como valedero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos 1:297, considerando 3°; 312:1614; 321:562; 324:876, entre otros).

Asimismo, como el derecho penal representa la última línea de defensa en contra de la lesión de valores jurídicos fundamentales resultando ser tarea del legislador el articular los lineamientos generales de la política criminal, la apreciación que realiza el legislador involucra una esfera de decisión política sobre la que no cabe modificación por

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

parte de los jueces, ya que representa facultades específicas de aquél sobre la política criminal, la que solo tendría lugar en el caso de que se lesionen garantías fundamentales reconocidas por la Constitución Nacional o los Tratados Internacionales en los cuales la República sea parte.

Cabe mencionar que también es atribución exclusiva del poder legislativo nacional el determinar qué conductas configuran delitos, cuál es la sanción mínima y máxima que corresponde a cada tipo; determinación respecto a la cual corresponde luego al magistrado efectuar una concreta aplicación al caso traído a su jurisdicción.

No corresponde entonces al Poder Judicial efectuar un análisis del mérito o conveniencia, acierto o error de la norma, ya que ello es propio de las atribuciones constitucionales que le competen al Poder Legislativo, sino que debe sujetarse a efectuar un control de constitucionalidad y convencionalidad de la norma en los casos que son sometidos al control jurisdiccional.

En conclusión, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la cuantificación penal es una materia reservada a los tribunales de sentencia, con los límites que se derivan de la propia Constitución en dos sentidos: a) que la individualización penal no resulte groseramente desproporcionada con la gravedad de los hechos y de la culpabilidad, en forma tan palmaria que lesione la racionalidad exigida por el principio republicano de gobierno (art. 1º Constitución Nacional) y la prohibición de penas crueles e inhumanas (art. 5, 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos); y b) que la prueba de las bases fácticas consideradas para la cuantificación no resulte arbitraria con la gravedad señalada por la Corte en materia de revisión de hecho y prueba (Fallos 328:3399).

Ahora bien en el caso concreto, la defensa consideró que la falta de proporcionalidad del mínimo de la escala penal establecida en la norma cuya constitucionalidad cuestiona, surge evidente en contraste con los tipos de abuso de armas, coacción con armas, homicidio doloso consumado y tentado.

Cabe agregar que la ponderación de la arbitrariedad o irrazonabilidad de una pena cuando se comparan tipos básicos entre sí consiste en *“una comparación entre figuras de igual o análoga jerarquía valorativa, lo que no excluye un cotejo de dos escalas penales de tipos penales agravados”*. En el caso, la proporcionalidad reclamada en los mínimos legales de las penas se observa cuando, por un lado, se toma nota del monto previsto para el robo simple, para el robo agravado del art. 166 y para la figura específica del robo agravado por su comisión con arma de fuego prevista en esa misma norma (arts. 164 y 166 C.P.).

En conclusión, entiendo que no se advierte afectación a principios de raigambre constitucional o convencional invocados por las defensas.

Por todo ello, propicio que se rechace este motivo de agravio.

3° Agravio: Determinación de la pena (artículos 40 y 41 del CP., 123, 398 y 404 inciso 2° del CPPN.)

En primer lugar, cabe mencionar que la decisión del juez respecto de la individualización de la pena debe estar fundamentada en criterios racionales explícitos, ya que el juez no puede partir de cualquier valoración personal que le merezca el hecho o el autor, sino que los parámetros que utilice deben ser elaborados en base al ordenamiento jurídico, estructurando de esta modo el complejo de circunstancias relevantes. Este deber surge del propio ordenamiento de fondo al fijar los factores que deben pesar en la fundamentación (art. 41 C.P.), porque de lo contrario sería imposible controlar el cumplimiento de dicho deber (cfr. Ziffer, Patricia, “Lineamientos de la determinación de la pena”, Buenos Aires, 2005, págs. 96/98).

En ese sentido, la individualización de la pena es el acto por el cual el juez -mediante un proceso de elaboración y clasificación de informaciones de distintas clases- define cuáles son los factores relevantes para graduar la pena, determinando por qué constituyen atenuantes o agravantes frente al caso concreto, y formula entonces el rango de esos factores, teniendo en cuenta para ello su relación con los principios generales -culpabilidad, hecho, legalidad- y la finalidad que deben cumplir dentro del ordenamiento jurídico; cuestiones que cumple acabadamente la resolución impugnada.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

El principio de proporcionalidad debe definirse en relación a los marcos penales del delito endilgado, toda vez que la gravedad de una pena no puede ser determinada en abstracto, "...sino solo en relación con el mínimo y el máximo del delito de que se trate..." (cfr. *Idem*, pág. 41).

En relación a la falta de motivación en la graduación de la pena tampoco asiste razón a la defensa, y ello en virtud de que en el sub examine los sentenciantes, haciendo uso de las facultades que le son propias, fijaron la pena a imponer a Brian Ezequiel Juárez en el mínimo legal aplicable de seis años y ocho meses de prisión, cumpliendo adecuadamente con los recaudos de fundamentación exigidos para constituir un acto jurisdiccional válido.

Para así decidirlo, en el caso de estudio, juzgaron adecuada la imposición de la pena mínima prevista en abstracto por el legislador para la figura del art. 166, inc. 2º, segundo párrafo, del Código Penal, y justificaron que la pena impuesta no resulta irracional o desproporcionada con los hechos ilícitos que bajo su órbita puedan cometerse y con la consiguiente puesta en peligro de la integridad física o de la vida de las personas que la norma desea preservar.

Asimismo, valoraron como atenuantes las características personales del enjuiciado, su juventud, hábitos laborables, inclusión y contención familiar y demás circunstancias contempladas en la ley de fondo.

Así las cosas, se colige sin hesitación que el *a quo* ha formulado una adecuada fundamentación respecto de los criterios establecidos en los artículos 40 y 41 del código de fondo, definiendo cuáles son los factores que inciden en la graduación de la pena establecida y en consecuencia, deviene ajustado a derecho el pronunciamiento objeto de impugnación.

En este sentido, es dable considerar que la pena prevista en el ordenamiento de fondo para el delito en cuestión tiene un marco penal cuyo mínimo es de seis años y ocho meses (cfr. art. 166, inc. 2º, C.P.).

Dentro de esa escala, los magistrados fijaron precisamente como pena de prisión seis años y ocho meses para Brian Ezequiel Juárez, dada

la concurrencia de diversas circunstancias agravantes y atenuantes válidamente computadas, lo que justifica el *quantum* de la sanción infligida.

En virtud de lo expuesto, tampoco se vislumbra la afectación alegada por la defensa a los principios de proporcionalidad y culpabilidad.

Por lo que no verificándose la falta de motivación en la graduación de la pena, como así tampoco su arbitrariedad, el agravio defensorista será rechazado.

Así las cosas, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Brian Ezequiel Juárez, con costas (arts. 470, 471 *a contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). Tal es mi voto.

El juez Luis M. García dijo:

1. Algunos de los agravios planteados por el recurrente, sintetizados al inicio, encuadran *prima facie* en el segundo inciso previsto por el art. 456 CPPN, y someten a revisión, al mismo tiempo, las determinaciones de hecho de la sentencia sobre ciertas circunstancias del hecho atribuido a Brian Ezequiel Juárez.

En efecto, el primero de los agravios introducidos bajo la alegación de errónea aplicación del art. 166, inc. 2, CP, traduce más bien la queja de defecto de aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba sobre cuya base se tuvo por probada una circunstancia del hecho de la acusación, a saber, el empleo en la ejecución del robo de un arma de fuego cargada. Agravios de este tipo deben ser examinados según los estándares fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la sentencia 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 5 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).

El estándar de revisión integral recogido por la sentencia de la Corte Suprema en el caso de Fallos: 328:3399 establece que debe

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

prescindirse de rigorismos formales en la clasificación jurídica o el *nomen iuris* de los motivos de casación a tenor del art. 456 CPPN; ello, sin embargo, no exime al recurrente de presentar, con toda sencillez, las críticas concretas y razonadas en las que basa su queja acerca de los defectos de la sentencia, o de la eventual lesión de los derechos fundamentales del imputado en el procedimiento anterior a la sentencia, en tanto esas infracciones afecten la validez de la sentencia.

La razón de esta exigencia mínima reposa en que la jurisdicción de casación no es una jurisdicción de consulta sino recursiva, de modo que sólo es revisable lo que es motivo de agravio concretamente explicado, porque la jurisdicción de revisión queda circunscripta a los agravios presentados y no implica una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445 CPPN; *vide* también consid. 12, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

Por otra parte la impugnación de constitucionalidad del art. 166, inc. 2, párrafo segundo, por la que pretende que el mínimo de la escala legal es inconciliable con la Constitución Nacional, y la impugnación subsidiaria según la cual la aplicación al caso es inconciliable con los límites que impone el principio de culpabilidad por el hecho, caen sin esfuerzo en el objeto del art. 474 CPPN, pues esas impugnaciones habían sido sometidas al Tribunal Oral, y la respuesta que éste ha dado ha sido contraria a las pretensiones de la Defensa.

2. En rigor, como se ha adelantado, bajo la alegación de errónea interpretación de la ley sustantiva la defensa disputa una cuestión de hecho, e impugna la conclusión, también de hecho, afirmada en la sentencia, en punto a que en la ejecución del robo se empleó un arma de fuego cargada.

Ha relevado el *a quo* en la sentencia, que Christian Damián Filsti había declarado que se encontraba a bordo de su automóvil, estacionado a la altura 100 de la calle Riglos, en esta ciudad, cuando al descender tres varones, entre ellos el imputado, lo interceptaron apuntándolo con el arma a la altura del pecho, por lo que entregó las llaves del automóvil y además lo despojaron de su billetera con su contenido. Relevó también la declaración del suboficial de la Policía Federal Tranquilino Nicolás

Fernández, que en razón de un alerta irradiado divisó el automóvil en Zelarrayán y Picheuta, donde lo estacionaban y bajaban tres personas a las que persiguieron, y en cuanto declaró haber aprehendido al menor de edad Abraham Juárez, que se daba a la fuga solo, y que llevaba en la cintura una pistola con cargador, y en particular relevó que el policía en la audiencia reconoció de su puño y letra varias actas, de entre ellas, en cuanto aquí interesa, la firma obrante en la de secuestro del arma de fs. 7, y también tomó razón de que el policía había encontrado similitud entre el arma secuestrada y la exhibida en juicio, y que específicamente había respondido a preguntas en el sentido de que el arma no tenía balas en la recámara, pero sí en el cargador.

En su alegato, la defensa no había puesto en disputa que se hubiese secuestrado el arma de fuego exhibida en el juicio ni que estuviese cargada al momento del secuestro, y había argumentado que podía introducirse una duda razonable en cuanto a las condiciones en que estaba el arma al momento de la ejecución del hecho, y propuesto la hipótesis de que, al momento del hecho el cargador no estaba colocado en el arma. A este respecto había destacado el tiempo transcurrido entre la detención y el hecho, tiempo durante el cual era posible, a su juicio, sostener que el cargador hubiera sido colocado en el arma. Con invocación del *favor rei*, había postulado que se calificase el hecho como robo simple o, eventualmente, con arma cuya aptitud para el disparo no pudo tenerse por acreditada. Evocó lo declarado por el policía Fernández, en punto a que el arma no estaba con proyectil en recámara ni el percutor montado, de lo que infirió que “bien pudo haber sido colocado el cargador con posterioridad” (acta de debate, fs. 324).

A ese planteo el Tribunal Oral respondió que “no resulta lógico suponer y atenta contra la razón y el sentido común, como propiciara el letrado de la defensa, que al momento de utilizarla para amenazar a la víctima no hubiese tenido el cargador colocado y recién lo hubiesen hecho cuando se daban a la fuga, pues a esa altura de los acontecimientos ya no era necesario, salvo alejarse del lugar y su dueño, como hicieron” (fs. 341). Agregó que era ilógico “debido no solo al escasísimo tiempo transcurrido, sino también a la breve distancia

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

recorrida y por sobre todo porque a esa altura de los acontecimientos, ya no resultaba necesaria la utilización de la misma” (fs. 340).

En su recurso de casación la defensa ha modificado parcialmente su estrategia. Ahora pone en duda, que pueda inferirse de la identidad del arma secuestrada con el arma empleada, y argumenta con insistencia en punto a que “el dato introducido por el policía Fernández en cuanto a que el arma de fuego secuestrada tenía el cargador puesto, lo único que permite reconstruir es el estado en que se encontraba dicho elemento en el preciso instante en que se produjo la detención, si es que se da por cierta la versión del referido policía” (fs. 352). A este respecto acusa que la sentencia no brinda una verdadera respuesta al planteo esbozado durante los alegatos, pues los jueces se limitan a contestar que la posición de la defensa es contraria a la lógica y al sentido común, ya que no es dable suponer que la pistola no tuviese el cargador puesto al momento de la ejecución del hecho, cuando sí lo tenía al ser secuestrada posteriormente. Arguye que “la lógica y el sentido común utilizado por los jueces es ciertamente arbitraria, pues los magistrados exponen un razonamiento elaborado a partir de auto ubicarse en un rol -presumido por ellos y, por tanto, prejuicioso y subjetivista- de hipotéticos ejecutores de un hecho de robo agravado por el uso de armas de fuego. A continuación señala que se niega un dato de la realidad, en punto a que “no sorprendería la ejecución de un hecho con un arma sin cargador ni proyectiles” lo que ha dado lugar a las reformas legales como la introducida en el art. 166, inc. 2, *in fine*, CP, e imputa a los jueces apartarse de datos de la realidad, pues según su lógica, “no tendría sentido cometer un hecho de robo con un arma descargada o con una réplica o con un arma de fuego que no funciona para sus fines específicos”, e insiste que “la realidad supera a la lógica judicial, a tal punto que dio lugar a las reformas mencionadas” (fs. 352 vta./353).

Arguyó que si en la sentencia se tuvo por probado que “el arma habría sido utilizada por uno de los individuos y luego fue secuestrada en poder de otro”, se deduce que “no es posible excluir de plano la posibilidad que haya variado el estado en que se encontraba la pistola al momento de la ejecución y en comparativa con el momento del

secuestro [...]” (fs. 535 vta.). De allí concluyó que “si ambas conjeturas son posibles, la selección por parte de los jueces de la hipótesis más gravosa para el imputado, implica una grave lesión al principio *favor rei* y, en definitiva, la consumación de un temperamento arbitrario que ha dado por comprobado un extremo trascendental de la imputación, bajo condiciones que no habilitan a darlo por probado con la certeza necesaria para emitir un pronunciamiento de condena” (fs. 354).

En otra línea de argumentación, disputó la afirmación del policía Fernández sobre el estado en que se encontraba el arma al momento del secuestro, porque pretende que “no encuentra respaldo en otros elementos más que en su propia versión, pues de los testigos de actuación no es posible extraer esa conclusión”, señalando que de esos testigos uno declaró no recordar por qué había sido convocado, y el otro había declarado haber visto el arma en el piso cuando ya se “había desprendido del supuesto portador” (fs. 355).

En cuanto a lo último, señalo en primer lugar que importa introducir una línea de argumentación que no había sido ensayada ante el tribunal de juicio, ante el cual la defensa no había disputado que al momento del secuestro el arma estuviese cargada, y al contrario, lo había admitido (*vide* acta del debate, fs. 324). Además, en este punto la impugnación está manifiestamente infundada, porque no se explica por qué no ha de bastar lo declarado por el policía Fernández para tener por cierto que estaba cargada al momento del secuestro.

Sentado ello evoco que una duda que se alega sólo es una duda razonable cuando se sustenta en la insuficiencia de los indicios sobre los que se construye la hipótesis acusatoria, lo que presupone la identificación de elementos objetivos que los neutralizan y excluyen, y permiten construir una hipótesis de hecho distinta. Por cierto, una mente imaginativa encontrará siempre hipótesis de duda. Empero, el principio *in dubio pro reo* no consiste simplemente en la formulación puramente intelectual de otras hipótesis teóricamente posibles, diferentes a las de la acusación, sino en la comprobación de que el acervo de elementos de prueba disponible admite la formulación de más de una hipótesis, y que su examen crítico no permite descartar alguna de ellas, lo que conduce a

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

no poder afirmar la de la acusación más allá de toda duda razonable. Porque desde el punto de vista sistemático, y del discurso, siempre es imaginable la posibilidad de proponer hipótesis alternativas; en otros términos, toda pretensión acusatoria es siempre susceptible de ser puesta en duda. De lo que se trata es de que la duda alegada debe encontrar sustento objetivo en el material probatorio, y no constituye el enunciado de un mero ejercicio dialéctico. Por eso el principio de inocencia cae cuando se afirma una hipótesis más allá de toda duda razonable.

Como lo he señalado antes de ahora, esta frase sintetiza la idea de que tanto la certeza como la duda deben ser razonadas a la luz de los elementos de convicción o indicios que han sido puestos a disposición del juez o tribunal de modo regular. De modo que, si al impugnar las determinaciones de hecho de la sentencia, la defensa alega una duda razonable sobre el estado en que se encontraba el arma al momento de su empleo y al momento de su secuestro, tiene la carga de destruir la construcción hecha a partir del acto complejo de valoración de esos indicios, identificando otros indicios y demostrando por qué éstos los neutralizan y excluyen, y cómo permiten construir una hipótesis de hecho distinta de la afirmada en la sentencia (confr. mi voto en causa n° 31287/14, “Cordero, Facundo Ernesto Nabuel”, Sala I, sent. de 30/10/2015, reg. n° 605/2015).

A este respecto, la defensa no demuestra *razonadamente* por qué del hecho de que el arma estuviese cargada al momento del secuestro no puede inferirse -también razonadamente- que hubiese estado cargada al momento de su empleo en la ejecución del robo. Su impugnación es un mero ejercicio dialéctico que se apoya en algo indiscutible: desde un punto de vista hipotético las cosas siempre pudieron haber sido de otro modo. No tiene, sin embargo, sustento en un examen objetivo de los elementos puestos a disposición en el juicio que pongan en duda la convicción que se ha formulado el *a quo*, porque, insisto, la duda tiene que apoyarse en algún elemento objetivo, y no en la cabeza del defensor que imagina otras hipótesis.

Sentado ello destaco que, de lo que se trata es de determinar si el tribunal de juicio ha observado la sana crítica en la apreciación de los

elementos de prueba que se habían puesto regularmente a su disposición en el debate, y en definitiva, si al sopesar esos elementos ha establecido la existencia de los hechos relevantes más allá de toda duda razonable.

En una reciente decisión de esta Sala (causa n° 13141/2014, “*Kuik, Gustavo Damián y otros s/extorsión*”, sent. de 11/08/2016, reg. n° 610/2016) se ha afirmado que “la culpa de un sujeto ha sido establecida más allá de una duda razonable, cuando no existe alguna explicación alternativa *plausible* de los datos, que no implique la culpa del acusado”. Una alternativa es plausible cuando hay elementos de juicio consistentes que la sustenten. Esto impone examinar a la luz de la sana crítica cómo ha construido el *a quo* su convicción sobre la existencia de los hechos y sobre sus circunstancias, y en su caso, si esta construcción desbarata lo que eventualmente hubiese declarado el imputado en su defensa. La sana crítica es un concepto sintético que indica examinar los elementos de prueba disponibles según el sentido común y la experiencia, confrontando los unos con los otros, y examinando si esa confrontación arroja resultados alternativos que impidan sostener la hipótesis de la acusación más allá de toda duda razonable.

Y he aquí que el Defensor Público que denodadamente se esfuerza por acusar de falta de lógica a los razonamientos del *a quo* incurre en el defecto que le atribuye. Porque en definitiva, el *a quo* ha sopesado que la víctima declaró que en la ejecución del robo uno lo apuntó con un arma de fuego que parecía “una 9 mm.”, que entre el despojo del auto y la detención del imputado no habían transcurrido más de cinco minutos, y que éste había sido detenido “a las pocas cuadras” (SIC, fs. 339 vta.), relevó también que el policía que realizó la detención del hermano del imputado declaró que el arma tenía el cargador puesto con munición, aunque sin bala en la recámara.

Cualquier persona puede razonablemente inferir de esos elementos objetivos, conforme a la lógica, la experiencia, y el sentido común que el arma fue utilizada en las mismas condiciones en que fue secuestrada. Al contrario, no consulta la lógica, la experiencia y el sentido común poner en duda esa inferencia, que implica aceptar que se ha decidido la ejecución de un robo, empleando un arma de fuego,

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

descargada, y que una vez ejecutado, apenas momentos después, se le ha colocado el cargador con munición apta. Lo que la defensa pretende no se sostiene en ningún elemento objetivo disponible. Por una parte, porque la experiencia en punto a que ciertos robos se cometen con armas descargadas, o inidóneas, no incluye necesariamente la experiencia de que inmediatamente después las armas se cargan, o se cambian por otras idóneas. Del hecho de que ciertos robos se cometen en armas descargadas no se puede pretender introducir la duda puramente especulativa en punto a si el arma que se secuestró cargada unos minutos después del hecho pudo haber estado descargada en su ejecución. Ello no consulta el sentido común y requiere alguna base objetiva que introduzca esa duda. Tampoco puede constituir esa base objetiva el hecho de que la víctima hubiese declarado que el arma había sido empleada por quien parecía mayor de edad, y que ésta hubiese sido secuestrada en poder del niño que participó en el hecho, y que no fue traído a juicio por su menor edad. Porque tampoco es del sentido común que el arma hubiese sido cargada después del hecho para pasarla al niño o que hubiese sido cargada por éste al recibirla.

Por esta vía, y las consideraciones concordantes del primer voto, concuerdo en que las alegaciones fácticas de la defensa han de ser rechazadas, y por ende, concluyo, que los hechos probados han sido bien subsumidos en el art. 166, inc. 2, CP.

2. Una vez establecida la calificación jurídica que correspondía asignar al hecho, a tenor del art. 166, inc. 2, segundo párrafo, CP, y no disputada su responsabilidad en él como coautor, el *a quo* se ciñó a imponerle el mínimo de la escala penal aplicable, esto es, la pena de seis años y ocho meses de prisión más accesorias del art. 12 CP.

Ya durante el debate la Defensa Pública había planteado que el mínimo legal del art. 166, inc. 2º, párrafo segundo, CP era inconciliable con la Constitución Nacional por no respetar los principios de culpabilidad por el hecho y de proporcionalidad, y por ser inconciliable con el “fin resocializador de la pena” y con el principio de intrascendencia de la pena. En subsidio, con cita de ciertas decisiones de la jurisprudencia de distintos tribunales, había pedido al *a quo* que fijase

una pena de prisión que permitiese dejar en suspenso su ejecución, invocando lo que designó como doctrina de la “perforación del mínimo legal” fundada en los mismos supuestos que había postulado la inconstitucionalidad, a fin de adecuar la sanción al grado de culpabilidad y lesividad por el injusto cometido, y a las circunstancias personales del procesado (acta de debate, fs. 324 vta./325 vta.).

En la sentencia recurrida se rechazaron esas pretensiones. Sostuvo el *a quo* que “dentro de la división de poderes que rige el sistema de gobierno adoptado por nuestro país en la Carta Magna, el legislador es quien establece a través de leyes y basado en razones de política criminal, el carácter ilícito de aquellas conductas que describe en los tipos penales y las sanciones con que las castiga”. Admitió que “tal exclusividad cede cuando a través del control de constitucionalidad, efectuado con ‘sobriedad y prudencia’ (Fallos 314:425) se arriba a la conclusión de que la norma en cuestión se opone de manera ‘manifiesta, clara e indudable’ a la norma constitucional”, y declaró que no era éste el caso, “pues la pena mínima prevista en abstracto por el legislador para la figura del art. 166 inc. 2º del Código Penal, no parece irracional o desproporcionada con los hechos ilícitos que bajo su órbita puedan cometerse, y la consiguiente puesta en peligro a la integridad física o la vida de las personas que desea preservar”. Agregó que “en el caso concreto, tampoco consideramos pertinente analizar la imposición de una sanción por debajo del mínimo establecido por el legislador en la norma, pues [...] salvo el camino de la declaración de inconstitucionalidad, que fue descartado, la facultad de los Jueces está en fijar la pena en el caso que se juzga conforme, entre otros, a los parámetros de los arts. 40 y 41 del código de fondo, dentro de la escala penal que en sus montos mínimo y máximo determina el legislador en el ámbito de su exclusiva competencia”, y declaró que “sostener lo contrario sería lisa y llanamente apartarse de lo que impone la ley”.

La defensa impugna este aspecto de la sentencia, a partir de dos puntos de ataque. Por un lado, la atribuye arbitrariedad por no dar “suficiente respuesta para rechazar el planteo de relativización de los mínimos legales” (fs. 357); por el otro, insiste en la impugnación de

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

constitucionalidad del mínimo de la escala penal amenazada en el art. 166, inc. 2, párrafo segundo, CP (fs. 358 vta. y ss.).

Adelanto que, ambos planteos aparecen concebidos y presentados de modo confuso. Me abocaré a ellos hasta el punto en que sea posible su abordaje.

a. En cuanto al primero, observo en primer lugar que la alegación de arbitrariedad por defecto de tratamiento de su pretensión de “perforación” del mínimo de la escala legal no se hace cargo del argumento de la sentencia por el que se ha declarado que no era pertinente considerar la imposición de una pena por debajo del mínimo establecido por el legislador pues, en defecto de declaración de inconstitucionalidad, los jueces deben fijar la magnitud de la pena de conformidad con los parámetros de los arts. 40 y 41 CP, en el marco mínimo y máximo de la escala penal fijado por el legislador “en el ámbito de su exclusiva competencia”, pues lo contrario sería apartarse de la ley.

En rigor, más allá de la pretensión de presentar su impugnación como un motivo separado de casación, la defensa se remite a los mismos argumentos que había expuesto para sostener la inconstitucionalidad del mínimo de la escala legal aplicable, y pretende en definitiva que se imponga a su asistido una condena de ejecución condicional “aplicando menos reacción punitiva que la prevista como piso legal” (fs. 356 vta.). Si bien se mira, no ha ofrecido una argumentación consistente y puntual, sin perjuicio de la cita de la opinión publicada por una magistrada de la Defensa Pública, para demostrar que en las penas divisibles por razón de tiempo o cantidad el mínimo de la escala penal es “meramente indicativo” y que los jueces tendrían cierta discreción para establecer una pena por debajo de los mínimos. Sus argumentaciones vuelven siempre sobre el argumento de que los mínimos no son imperativos cuando están en juego los principios de culpabilidad, y proporcionalidad, y lo que en el recurso se designa como “fin resocializador” de las penas.

Observo que es regla general en la parte especial del Código Penal que, al conminar las penas divisibles por razón del tiempo o cantidad respecto de cada delito, el legislador ha empleado formas verbales

imperativas que establecen que las penas deben imponerse en el marco de un mínimo y un máximo legal, tales por ejemplo: “Se aplicará reclusión o prisión de [...] a [...]”, o “Se impondrá reclusión o prisión de [...] a [...]”, o “Será reprimido con prisión de [...] a [...]”, o “la pena aplicable será de [...] a [...]”. Sólo por excepción, con referencia a la pena de inhabilitación especial, el legislador ha dejado a discreción del juez el tiempo de pena, imponiéndole sólo un máximo empleando los términos inhabilitación especial de hasta cinco (5) años (arts. 307, 309) o “de hasta ocho (8) años” (arts. 308), o “de hasta, seis (6) años” (arts. 310, 311, 312).

En vista de ello, no veo error alguno en la decisión recurrida que ha declarado que las penas se fijan dentro del marco legal, *salvo declaración de inconstitucionalidad*, ni tampoco encuentro arbitrariedad, en la medida en que ello también da respuesta a la pretensión de la defensa de que se aplicase una pena inferior al mínimo legal. Por la misma vía se ha de rechazar el argumento de falta de motivación de la medida de la pena, porque, sin perjuicio de que el *a quo* ha hecho consideraciones puntuales, en definitiva ha aplicado una que no sobrepasa el mínimo legal del art. 166, inc. 2, párrafo segundo, CP.

b. La Defensa Pública pretende, de manera promiscua y sin una argumentación ordenada y puntual, que la pena conminada en el mínimo de la escala penal aplicable es inconciliable con la Constitución Nacional.

En su recurso de casación evocó su impugnación durante el debate del mínimo legal del art. 166, inc. 2, párrafo segundo, CP, “tanto como crítica genérica a esa regla absoluta, sino además [...] solicitando que sea declarado en el caso concreto”.

Por un lado, argumenta que la pena aplicada es inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho, destacando que no se ha dado respuesta a su alegación en el debate señalando que el hecho no denotaba características violentas, que quienes lo ejecutaron estaban muy asustados, que la víctima no sufrió agresión física ni verbal, que el hecho se desarrolló con rapidez, que el daño patrimonial fue mínimo, porque el vehículo se recuperó intacto y en poco tiempo, resumiéndose el perjuicio económico al valor de reposición de las llaves, y de un teléfono móvil. Se

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

queja de que no se valoró adecuadamente la juventud del imputado, la inexistencia de antecedentes de conflicto con la ley penal, la crisis familiar que atravesaba a la época del hecho, por la separación de sus padres y desintegración del grupo familiar, y las consecuencias sufridas por él y sus hermanos menores. También se queja de que no se dio debida atención a la actitud del imputado posterior al hecho, para sostener el hogar, ni su declarado arrepentimiento e intención de retomar los estudios secundarios. A ese respecto concluye que se han dejado de lado aspectos que -según alega- tienen inescindible vínculo con la afectación de los principios de lesividad, culpabilidad, proporcionalidad, humanidad, no trascendencia de la pena y mínima intervención penal.

Se queja de que “los jueces no han dado razones que lleven a explicar por qué motivo -más allá del sometimiento irreflexivo a la voluntad del legislador- semejante monto punitivo en el caso no luce irracional [...] encontrándose apenas a un año y cuatro meses de distancia de la sanción prevista para el supuesto de hecho legal del art. 79 CP”. Insiste en que “no hay argumentación que permita armonizar semejante paridad de penas, frente a una hipótesis de homicidio”, evoca la sentencia de la Corte Suprema en el caso de Fallos: 312:826 en cuanto allí emprendió el examen de razonabilidad de la escala penal establecida por el legislador, acusa arbitrariedad de la decisión por no haber reparado “en el principio de culpabilidad por el acto, en tanto la cuantía de la reacción estatal debe ser proporcional a la medida del injusto cometido”, y por no haber explicado “en dónde radica la proporcionalidad de la sanción impuesta frente a la extensión del daño y la medida del injusto”. Según su tesis, “la interpretación de mínimos inflexibles, ni siquiera susceptibles de análisis en el caso concreto y por medio del instituto de la herramienta de control judicial -declaración de inconstitucionalidad de las leyes- lleva inexorablemente a la imposibilidad de cuantificar el grado de injusto y replicar tal examen en la dosificación de una pena que exhiba rasgos de razonabilidad”.

Se queja también de que el *a quo* ha omitido considerar los efectos que tendrá la ejecución de la pena en su familia, tanto para la subsistencia

familiar como en lo emocional, por lo que no ha reparado en los principios de intrascendencia de la pena, y de mínima intervención penal, lo que “conjugado con la directriz del principio *pro homine* ameritaba una respuesta superadora frente a la evidente irracionalidad de una pena como la que finalmente se impuso, tratándose en definitiva de una sanción que merece en el caso concreto, ser calificada como pena cruel e inhumana” y degradante. Asigna a la pena impuesta una finalidad de “mero y rígido retribucionismo”, y denuncia contradicción con los principios consagrados en los arts. 5.6 CADH y 10.3 PIDCP.

En el plazo de oficina el Defensor Público que actuaba ante esta Sala ha sostenido esas alegaciones, reforzando algunas vinculadas con la racionalidad y proporcionalidad de la pena amenazada. Así ha argumentado que “la potencial puesta en peligro a la integridad física de las personas no es un motivo suficiente para otorgar racionalidad a una pena, pues esa circunstancia -eventualmente- podría darse en un robo con arma propia o impropia, y ser pasible de un monto punitivo menor”. Ha transcrito además una opinión publicada en una página web, según la cual es objetable la severidad con la que el legislador ha castigado la figura de robo agravado por el empleo de arma de fuego, destacando que la escala “supera el robo con lesiones graves o gravísimas (CP, 166, inc. 1) quebrando así la progresividad que culminaría en el robo con homicidio (CP, 165), dado que en el tipo penal del art. 166, inc. 1 el peligro a la integridad física se transforma en lesión, de modo que ahora -incongruentemente- es más levemente castigado quien roba a una persona y la mutila, que quien mediante el empleo de un arma de fuego pone en peligro su salud o su integridad física”.

He de abordar en lo posible la impugnación de inconstitucionalidad, advirtiendo que en gran parte aparece presentada con invocaciones que no pasan de lo retórico, y que por ende no satisfacen siquiera mínimamente la exigencia de fundamentación que se requiere para la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad.

Comienzo por señalar que, como es habitual, se recurre a la invocación banal del principio *pro homine* sin desarrollar conceptualmente su alcance y su funcionamiento concreto como regla de conflicto o

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

como regla hermenéutica, y sin presentar una aplicación puntual con arreglo a ese alcance. Frente a esa banalización sobre la que ya me he pronunciado antes de ahora (confr. causa n° 36083/2008, “*Legajo de ejecución penal de Guimarey, Juan Manuel*”, rta. 03/09/2015, reg. n° 421/2015; causa n° 54.812/2006, “*Legajo de ejecución penal de Diego Gastón Guida*”, rta. 28/09/2015, reg. 490/2015; causa n° 22.450/2012, “*García, Juan Carlos s/recurso de casación*”, rta. 05/10/2015, reg. n° 512/2015), a falta de demostración de alguna relación directa entre el principio y la cuestión que se pretende someter a decisión, este aspecto del recurso es manifiestamente inadmisibile.

Igual defecto de fundamentación padece el remedio en cuanto concierne a la alegada infracción al principio de intrascendencia de la pena. Salvo los casos de los arts. 23, 36 y 39 de la ley 24.660, es inherente a toda pena de prisión que se ejecuta como tal en un establecimiento cerrado la separación del condenado del grupo de convivencia de la vida familiar, y en general también la pérdida de posibilidad de trabajar y ganarse el sustento en la vida libre. El recurrente no expone los fundamentos normativos, derivados de alguna cláusula de la Constitución, por los que la ejecución de la pena privativa de libertad que produce estos efectos sería inconciliable con el principio de intrascendencia de la pena. Al contrario, al no proponer el alcance y funcionamiento de ese principio de manera concreta, fracasa en demostrar que en la especie se encuentra afectado. Igual defecto presenta la invocación de lesión a lo que la defensa llama “principio resocializador” o “fin resocializador” de la pena.

Se afirma también que la pena impuesta es cruel, inhumana y degradante, al mismo tiempo que se afirma su desproporción con el injusto y la culpabilidad. Sin embargo, no se ofrecen criterios conceptuales diferenciadores, y en definitiva todos los esfuerzos argumentales se concentran en la falta de proporcionalidad o irrazonabilidad de la pena impuesta en el umbral del mínimo legal, y nada se ofrece para demostrar que, por su magnitud, la pena impuesta sería cruel, inhumana o degradante.

Entiendo así que el recurso de inconstitucionalidad sólo supera la admisibilidad en lo que concierne a la alegación de infracción al principio de proporcionalidad.

Ahora bien, considero adecuado señalar que cuando se alega desproporcionalidad de la pena, deben distinguirse el supuesto en el que se pretende poner en discusión los criterios empleados por los jueces para la individualización de la pena dentro de los límites mínimo y máximo de la escala penal aplicable, de las impugnaciones que se dirigen contra la ley en sí misma, a la cual se imputa desproporción respecto de la ofensa atribuida. Los motivos que trae la Defensa Pública en su recurso de inconstitucionalidad, en cuanto lo he hallado admisible, caen en la segunda categoría.

En la decisión recurrida se afirma que en el marco de la división constitucional de poderes es potestad exclusiva del legislador establecer a través de leyes las conductas punibles, y las sanciones con las que se castigan, basado en razones de política criminal, que esas leyes son objeto de control de constitucionalidad por los jueces, y que ese control debe ser ejercido con “sobriedad y prudencia” sólo en casos en los que la ley se opone de manera “manifiesta, clara e indudable” a la norma constitucional. Se afirma a continuación que la pena conminada en el art. 166, inc. 2, CP, no aparece irracional o desproporcionada a los hechos ilícitos comprendidos en ella, con la consiguiente puesta en peligro a la integridad física o la vida de las personas y que salvo el caso de declaración de inconstitucionalidad no es posible examinar una sanción por debajo del mínimo legal establecido por el legislador en la ley, porque lo contrario sería lisa y llanamente apartarse de la ley.

Entiendo que, aunque sucintos, los fundamentos constituyen una respuesta correcta a la impugnación que había hecho la defensa en su alegato final.

Comienzo por concordar en punto a que se deriva sin esfuerzo del art. 75, inc. 12, CN -y del ant. art. 67, inc. 11- que es propio del Poder Legislativo declarar la criminalidad de los actos, desincriminar otros e imponer penas (Fallos: 11:405; 191:245; 275:89). En su consecuencia, tiene él la potestad exclusiva para aumentar o disminuir la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

escala penal en los casos en que lo estima pertinente; de tal suerte que el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el concerniente a la constitucionalidad de las leyes, a fin de discernir si media restricción a los principios consagrados en la Carta Fundamental; éstos, sin embargo, no pueden inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto e eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341).

Se ha señalado al respecto que “el límite que tiene el magistrado para decidir acerca de la pena a imponer a un imputado de un hecho delictivo necesariamente está otorgado por el marco normativo en virtud del cual ejerce su función, cuyos pisos de imputación son determinados por la vía legislativa, y cuyo resultado configura el consenso social que la norma penal implica para todos los ciudadanos” (confr. Cámara Federal de Casación Penal, Sala I, causa n°15.998, “*Vanacloy, Félix Daniel y otros s/recurso de casación*”, sent. de 28/02/2014, reg. 23.169, voto del juez Gemignani y causa n°17.178, “*Fernández, Fernando Gabriel y otros s/recurso de casación*”, sent. de 12/05/2015, reg. 24.534, voto del juez Gemignani). Este abordaje es central, porque la ley sancionada en un sistema democrático por el órgano legislativo constituido conforme a un modelo representativo y republicano, que integra mayorías y minorías y con la posibilidad de discusión pública, es -como fruto de ese proceso- el resultado de un cierto consenso social valorativo, consenso que constituye la base de legitimación de toda ley que restringe de modo general la libertad de obrar (art. 19 CN) y, eventualmente, en concreto la libertad física y otros bienes de los habitantes cuando se les impone una pena determinada. Los jueces no pueden confrontar el resultado de ese cierto consenso social valorativo con sus propias valoraciones: el único ámbito crítico que se les confía es confrontar el resultado de ese consenso social con las valoraciones de la Constitución Nacional, y otras disposiciones fundamentales que la complementan (art. 75, inc. 22, CN).

Puede sintéticamente afirmarse a partir de allí que los jueces tienen el deber de juzgar según la ley aplicable y la Constitución, y, bajo ciertas condiciones, también juzgar la ley aplicable según la Constitución. Los jueces no pueden juzgar la oportunidad, mérito o eventuales

defectos de la ley, sino bajo el patrón de la Constitución. No porque los jueces más ilustrados no puedan tener mejores razones que los legisladores más bastos o menos informados, sino porque los jueces no han sido puestos en el lugar de los legisladores en el diseño de gobierno representativo-republicano inaugurado por el art. 1 CN.

Desde el punto de vista formal, la organización del poder establecida por la Constitución ha puesto exclusivamente en cabeza del Poder Legislativo el ejercicio de la autoridad para dictar leyes penales (art. 75, inc. 12, CN). Desde el punto de vista material, el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional, al exigir que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho por una ley en sentido estricto, pone en cabeza exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuáles son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que representan determinadas acciones, y en qué medida debe expresarse esa amenaza para garantizar una protección suficiente. Ello es así porque sólo quienes están investidos de la facultad de declarar que ciertos intereses constituyen bienes jurídicos y merecen protección penal, son los legitimados para establecer el alcance de esa protección mediante la determinación abstracta de la pena que se ha considerado adecuada (Fallos: 312:1920, “*Legumbres S. A. s/ contrabando*”).

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha admitido la posibilidad de introducir una cuestión constitucional cuando se imputa a la ley crueldad o desproporción respecto de la ofensa atribuida, lo que equivale a cuestionar su razonabilidad (confr. Fallos: 310:495, “*Senseve Aguilera, Freddy y otro*”). Sin embargo, ha advertido que “el juicio sobre tal razonabilidad no puede fundarse exclusivamente en la comparación de las penas conminadas para los distintos delitos definidos en el catálogo penal, pues el intérprete sólo puede obtener como resultado de tal comparación la convicción de que existe un tratamiento distinto de los bienes; pero de ningún modo decidir cuál de las dos normas de igual jerarquía legal comparadas es la que no respeta la proporcionalidad, ya que tan imperfecto método de interpretación lo llevará al dilema

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

insoluble de saber si la una es desproporcional por exceso o si la otra lo es por defecto” (Fallos: 314:424, “*Pupelis, María Cristina y otros*”).

Ha expresado en esa sentencia que “la única interpretación posible es la que enjuicia la razonabilidad de la ley penal confrontándola con las normas de jerarquía constitucional que la fundan y limitan. De la confrontación de la norma legal con sus correspondientes de la Ley Fundamental surge, pues, como criterio que permite precisar los límites a considerar ante la invocación de falta de proporcionalidad entre la pena conminada y la ofensa cometida, el que se deriva de la propia naturaleza garantizadora del principio de la proporcionalidad de la pena, que opera únicamente para limitar los excesos del poder punitivo estatal respecto de eventuales transgresores a las leyes, y que determina que la proporcionalidad no puede resolverse en fórmulas matemáticas, sino que sólo exige un mínimo de razonabilidad para que la conminación penal pueda ser aceptada en un Estado de Derecho” (consid. 8). A este respecto ha ejemplificado que “son incompatibles con la Constitución las penas crueles o que consistan en mortificaciones mayores que aquéllas que su naturaleza impone (art. 18 de la Constitución Nacional), y las que expresan una falta de correspondencia tan inconciliable entre el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos del delincuente como consecuencia de la comisión de aquél, que resulta repugnante a la protección de la dignidad de la persona humana, centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional”.

Destaco de ese pasaje que la Corte ha distinguido entre penas crueles o que imponen mortificaciones inconciliables con el art. 18 CN, y penas desmesuradas por no guardar correspondencia [o proporción] conciliable con el bien jurídico lesionado por el delito y la intensidad o extensión de la privación de bienes jurídicos que éste acarrea.

Esto último requiere de algunas aclaraciones. Por una parte, la proporción no puede ser juzgada, de modo exclusivo, por confrontación con el bien jurídico que está en la base de cada mandato o prohibición penal. Pues el bien jurídico define el objeto de protección de la norma, pero no lo agota. En la sentencia de la Corte que evoco puede

vislumbrarse este axioma. Había expresado allí que “si bien la protección de los derechos de las personas presupone la de la vida misma, múltiples factores pueden incidir para que otros bienes jurídicos distintos de ella reciban una protección penal mayor, sobre todo cuando comúnmente esta última reconoce también la afectación de ese bien supremo. En esto juegan asimismo, dentro de la sana discreción del legislador, razones de política criminal, y ello resulta evidente si se toma en cuenta que el ataque a un mismo bien jurídico, la vida humana, recibe sin embargo diferentes amenazas penales según las circunstancias del caso. Así por ejemplo, el infanticidio, el homicidio en estado de emoción violenta excusable, el homicidio, y los homicidios agravados están sometidos a amenazas penales muy diferentes en su intensidad no obstante que el valor absoluto del bien jurídico vida es siempre el mismo. En otros casos, un mismo delito ataca más de un bien jurídico y entonces la protección penal puede aparecer acumulativamente en la escala legal. Esto demuestra que *aunque el bien jurídico es un índice para identificar el disvalor de la conducta que lo ataca, no es el único, pues las circunstancias del hecho, los medios empleados, el objeto de la acción, los estados o inclinaciones subjetivas del autor, son elementos a los que el legislador puede recurrir con sana discreción para garantizar la subsidiariedad del derecho penal, esto es el recurso al derecho penal como ultima ratio del orden jurídico en la medida de la necesidad, y respetando la dignidad de sus destinatarios*”.

Por cierto, cuando el mínimo de la escala penal con la que se conmina un determinado delito es mayor que el mínimo de la escala penal con que se castiga el homicidio doloso, ello puede funcionar como un disparador de alerta de probable desproporción legal. Sin embargo, la sola consideración del bien jurídico no puede decidir el punto, porque, en términos de la propia Corte, el bien jurídico es un “índice” pero no es el único, y junto con éste puede el legislador considerar las circunstancias del hecho, y los medios empleados, entre otros. Esta observación es aún más apropiada cuando se trata de delitos que afectan a más de un bien jurídico, como sucede en el supuesto del art. 166, inc. 2, párrafo 2, CP, en el que -aunque incluido entre los delitos contra la propiedad- se afectan la libertad personal, y se pone en peligro la integridad corporal y

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

le vida misma, empleando un medio considerado por el legislador como altamente peligroso: las armas de fuego.

Aquí se halla la respuesta a la impugnación de la defensa, que acusa desproporción sin contemplar de manera exhaustiva todos los bienes jurídicos afectados o puestos en riesgo en la ejecución de un robo con arma de fuego en perjuicio de las personas, ni tampoco que en la decisión político-criminal del legislador subyace una apreciación de las armas de fuego como altamente ofensivas y peligrosas. Discutir si hay otros medios igualmente peligrosos u ofensivos que caen bajo la pena relativamente menor del art. 166, inc. 2, primer párrafo, CP, no es ya discutir una cuestión de proporcionalidad, sino político criminal, que conduce a preguntarse si el legislador debería haber tratado de modo exactamente igual el robo empleando cualquier clase de armas.

La Defensa Pública trae también, de la mano de una opinión publicada en una página web, un ejemplo que según su juicio pone en evidencia la desproporción, para lo cual recurre a la confrontación con el art. 166, inc. 1, CP, señalando que se pena más severamente el robo cometido con el empleo de un arma de fuego, que sólo pone en peligro la vida o la integridad corporal del sujeto pasivo, que el robo cometido con violencias por las que se causa alguna de las lesiones de los arts. 90 y 91 CP. Sin perjuicio de evocar que es engañoso recurrir simplemente a la comparación aritmética sin examinar todos los bienes jurídicos comprometidos en el atentado definido por el art. 166, inc. 2, párrafo segundo, CP, lo que arrojaría que en las violencias del art. 1 no están necesariamente comprendidas las que implican riesgo de vida, a diferencia del empleo de armas de fuego, idóneas para matar, y por ende que crean peligro para la vida, lo cierto es que ni siquiera desde el punto de vista sistemático puede sostenerse la conclusión que se propone de modo consistente con el art. 41 *bis* CP, que aumenta en un tercio las escalas penales de la parte especial, “cuando alguno de los delitos previstos en este Código se cometiere con violencia o intimidación contra las personas mediante el empleo de un arma de fuego”, de donde resulta que, si en la ejecución del robo se emplea un arma de fuego y no se causa lesión, se aplica el inc. 2, párrafo segundo, mientras que si se

causa lesión de los arts. 90 ó 91 se aplica el inc. 1, con la escala aumentada según el art. 41 *bis*. De modo que la escala penal es siempre la misma.

Concluyo así, desde un abordaje de la escala penal en abstracto, que la pena con la que se conmina el robo con arma de fuego en el art. 166, inc. 2, párrafo segundo, no aparece manifiestamente desproporcionada al conjunto de intereses y bienes jurídicos afectados en la ejecución del robo, tomando en cuenta éstos, las circunstancias del hecho y los medios empleados.

No se advierte que la pena agravada del art. 166, inc. 2, CP, carezca de razonabilidad ni expresa ninguna desmesura extrema entre las privaciones que la pena implica y el disvalor del delito que con ella se conmina. En todo caso, los motivos que pudieron haber llevado al legislador a reformar el Código Penal introduciendo diversas previsiones que penan más duramente la comisión de delitos empleando armas de fuego (ley 25882) no se demuestran como manifiestamente arbitrarias ni irracionales, sino como el resultado del uso de una discreción legislativa respecto de cuyo ejercicio, una vez descartada la existencia de conflicto constitucional, los jueces carecen de jurisdicción de control.

No hay, pues, error en la decisión del *a quo* que ha considerado junto con la propiedad, “la consiguiente puesta en peligro a la integridad física o la vida de las personas” creada por el empleo de armas de fuego.

Queda finalmente por abordar el otro aspecto de la impugnación de inconstitucionalidad, en cuanto la defensa pretende que el caso concreto la pena impuesta es desproporcionada al injusto y a la culpabilidad por el hecho.

He declarado, antes de ahora, que, aunque no pueda predicarse en abstracto que el mínimo de la escala penal establecida por el legislador entre en conflicto con los principios de proporcionalidad y de razonabilidad que se infieren de la Constitución, pueden presentarse casos en los cuales la imposición de una pena ajustada al mínimo de la escala legal aplicable sea todavía desproporcionada al injusto del que el agente se ha hecho culpable (confr. Tribunal Oral en lo Criminal n° 9 de

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

esta ciudad, causa n° 55, “*Costilla, Jorge Oscar y otro*”, sent. de 08/08/1993).

En esa sentencia, examinando entonces la de Fallos: 314:424 había señalado que, en abstracto, no puede resolverse la proporcionalidad de la amenaza penal sobre la base de meras comparaciones matemáticas, ni con el homicidio, ni con el resto del ordenamiento jurídico, lo que, a lo sumo, podría demostrar la existencia de inconsecuencias legislativas que el juez no está llamado a suplir. La proporción debe juzgarse en concreto, con directa consideración al hecho total sometido a enjuiciamiento, y con respeto del principio de culpabilidad. Porque el bien jurídico no es la medida de la pena, sino que es la magnitud del injusto culpable en su concreta realización la que proporciona el límite máximo de la pena. Pero no hay una culpabilidad posible de ser medida sin conexión con la medida del injusto, porque sólo se puede ser culpable de un injusto en su concreción determinada, y no de una mera calificación jurídica. De tal manera que el examen de proporcionalidad de la pena no puede efectuarse en abstracto, mediante la comparación de escalas penales, que sólo aportan un índice acerca de la naturaleza de los bienes jurídicos en juego y su grado de afectación, lo que en definitiva pertenece a la esfera de la antijuridicidad, sino en concreto, al momento de responder a la pregunta de si la pena aplicable al autor por ese hecho singular, en consideración de las circunstancias y antecedentes de su comisión, y a los elementos personales que pudieron haberle permitido al autor abstenerse de la realización delictiva, no excede el reproche adecuado a su culpabilidad. Se trata de un control de constitucionalidad que eventualmente ha de emprenderse en el momento de individualización de la pena.

La Defensa Pública había promovido lo que llama “perforación” del mínimo legal, argumentando desproporción con el injusto y la culpabilidad.

Ahora bien, dado que los marcos legales no son disponibles por los jueces, tenía la defensa la carga de demostrar, acabadamente, que una pena de prisión ajustada estrictamente al mínimo de seis años y ocho

meses era manifiestamente desproporcionada al injusto del que el imputado Brian Ezequiel Juárez podría ser reprochable.

Esto requería una consideración puntual de los elementos relevantes para medir el injusto objetivo, y demostrar, por ejemplo, su escasa significación, y a continuación demostrar todas las circunstancias personales del imputado que fuesen demostrativas de una situación en la que tuviese escasos recursos para rechazar la resolución delictiva.

En cuanto a lo primero, la Defensa Pública se ha ceñido a una consideración mutilada del hecho probado, poniendo el acento en que se habría consumado el delito produciendo un perjuicio patrimonial menor, y sin ejercer violencia física o verbal. Sin embargo, prescinde de considerar la totalidad del hecho, en el que según lo que se ha tenido por probado en la sentencia, y ha superado la impugnación, cooperaron de común acuerdo el imputado y otras dos personas, empleando un arma de fuego cargada con diecisiete proyectiles, con la que, según los dichos del conductor del automóvil, recogidos en la sentencia fue apuntado al pecho, y además había una mujer que acompañaba al conductor (fs. 332 vta.). La Defensa no ha abordado todas estas circunstancias del hecho objetivo, por lo que, su reduccionismo del robo a un mero atentado que acarrea perjuicio patrimonial, no alcanza para demostrar su tesis de la desproporción.

Por otra parte, se observan argumentos de la defensa que -aunque eventualmente pertinentes para intentar una reducción de la pena sobre bases preventivas en el marco que tolera la escala penal- no guardan relación alguna con la culpabilidad que se mide en el momento del hecho. Así, ni el arrepentimiento que pueda haber expresado el imputado en el juicio, ni sus conductas posteriores o sus planes de superación en lo laboral o en el plano educativo, inciden de ningún modo en la medida de la culpabilidad, que tiene por objeto la mayor o menor posibilidad de la que el agente pudo haber gozado para deliberar y resistirse a la decisión delictiva o resolverse por llevarla adelante. A este respecto, nuevamente, no basta con alegar sobre la relativa juventud del imputado, ni sobre el contexto de separación y de desmembramiento familiar, para inferir, de ello que la pena es desproporcionada a la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 38294/2012/TO1/CNC1

decisión delictiva que realizó de un modo concreto, en cooperación con otras dos personas, eligiendo ciertas víctimas, ciertos medios, y ciertos objetos del robo.

Si se afirma que la pena fijada en el mínimo del marco de la escala legal aplicable es, no obstante, desproporcionada a la culpabilidad del agente, corresponde a la defensa demostrar acabadamente esa afirmación, señalando los elementos que demostrarían la afectación del principio de culpabilidad por el hecho (confr. en análogo sentido Cámara Federal de Casación Penal, Sala IV, causa 91002406/2013, “*Benítez, Rafael Salvador s/ recurso de casación*”, rta. 01/09/2015, reg. n° 1653/2015), pues al referirse el cuestionamiento a la escala penal no puede invocarse en abstracto su defecto, sino sólo en modo concreto con ajuste a las particularidades del caso (compárese Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa 10.004, “*Judiche, Ricardo M. y otro s/ rec. de inconstitucionalidad*”, sent. de 27/03/2012, reg. n° 19763, voto del juez Slokar). Concluyo, pues, que no se ha sustanciado la queja según la cual la pena impuesta al borde del mínimo legal es todavía desproporcionada al injusto y la culpabilidad del condenado.

3. Por las razones expuestas, concuro al resultado que viene propuesto en el primer voto.

El juez Gustavo Bruzzone dijo:

Adhiero al voto del colega Días.

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

RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de casación deducido por la defensa oficial, con costas (arts. 456, 465 y 470 a contrario sensu, 530 y 531 CPPN).

Se deja constancia que el juez Bruzzone participó de la deliberación y emitió su voto, pero que no suscribe la presente por encontrarse en uso de licencia (art. 399, CPPN)

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.

HORACIO L. DÍAS

LUIS M. GARCÍA

Ante mí:

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ
SECRETARIO DE CÁMARA