

**Reg. n° 953/2016**

En la ciudad de Buenos Aires, a los 29 días del mes de noviembre del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Daniel Morin, Luis F. Niño y Eugenio C. Sarrabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 240/253 por la defensa oficial; en la presente **causa n° 18723/2015/TO1/CNC1**, caratulada **"DIVIÑO, Miguel Ángel y otros/recurso de casación"**, de la que **RESULTA:**

**I).-** El Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 de esta ciudad, con fecha 27 de agosto de 2015, resolvió, en lo que aquí interesa: **"I).- CONDENAR** al imputado **MIGUEL ÁNGEL DIVIÑO** (...) a la **pena de cinco años de prisión, accesorias legales y el pago de las costas**, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (Arts. 12, 29, inc. 3°, 45 y 166, inciso 2do. del Código Penal y 403, 530 y 531 del C.P.P.). **II).- CONDENAR** a **SILVIO ADRIÁN SCANCIANI o Juan Alberto Rodríguez**, cuyas demás condiciones personales obran al principio, a la **pena de cinco años de prisión y el pago de las costas**, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma (Arts. 12, 29, inc. 3°, 45 y 166, inciso 2do. del Código Penal y 403, 530 y 531 del C.P.P.). **III).- DECLARAR REINCIDENTE** al mismo **SILVIO ADRIÁN SCANCIANI o Juan Alberto Rodríguez** (Art. 50 del C.P.)...".

**II).-** Contra dicha decisión, el defensor oficial *ad-hoc* Alejandro Di Meglio interpuso recurso de casación (cfr. fs. 254/267), el que fue concedido por el *a quo* (cfr. fs. 268) y mantenida la voluntad recursiva por el letrado (cfr. fs. 280).

**III).-** El 19 de octubre del 2015 se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y sus integrantes decidieron otorgarle

al recurso de casación interpuesto el trámite del art. 465, CPPN (cfr. fs. 282).

**IV).-** Una vez notificadas las partes del término de oficina, conforme lo estipulado en los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN (cfr. fs. 242), se presentó el defensor oficial Mariano P. Maciel, quien reforzó los agravios manifestados por su colega de la anterior instancia en el recurso de casación (cfr. fs. 285/291vta.).

**V).-** El 22 de junio de 2016 se celebró la audiencia prevista por el art. 468 en función del 465, CPPN, a la que compareció el defensor oficial ante esta instancia, Mariano P. Maciel, quien reiteró los agravios expuestos en el recurso de casación, de todo lo cual se dejó constancia a fs. 294.

#### **Y CONSIDERANDO:**

##### **El juez Morin dijo:**

**1.-** Al momento de resolver, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 tuvo por probado que “...en horas de la madrugada –las 3,20 aproximadamente– del 5 de abril del año en curso, desapoderaron a Alejandro Casanoves (conductor de un automóvil de alquiler) de la suma correspondiente a la recaudación –unos setecientos cincuenta pesos– intimidándolo con una tijera que le colocaron en el cuello.

Ese día, los nombrados ascendieron al vehículo en cuestión marca Fiat, modelo Sienna Fire, dominio GHP-113, en la Avda. Díaz Vélez y Eleodoro Lobos, haciéndose conducir hasta la Avda. Corrientes y Gallo. Al llegar a esta última arteria y Valentín Gómez le hicieron detener la marcha y, tomándolo por debajo de las axilas para inmovilizarlo, Diviño le colocó la punta de una tijera en el cuello amenazándolo con lastimarlo, apoderándose Scanciani del dinero en cuestión que el chofer guardaba en una billetera depositada en el asiento delantero derecho.

Acto seguido, bajaron del rodado y se alejaron por Gallo en dirección opuesta a la que traían. Mientras tanto el conductor reinició la marcha hasta Agüero y al doblar por Sarmiento, observó que los

encartados caminaban por esta última, razón por la cual continuó camino hacia la calle Billinghamurst al advertir la presencia de un móvil policial que por allí circulaba, a cuyo personal interiorizó de lo que le había ocurrido, el cual se dirigió junto al damnificado a tratar de ubicar y detener a los autores del atraco.

Fue entonces que en Valentín Gómez y Agüero localizaron y aprehendieron a Diviño, a quien le secuestraron la tijera empleada para intimidar a Casanoves. Mientras tanto Scanciani, que se había dado a la fuga al advertir la presencia policial, irradiado el alerta correspondiente, fue detenido por una agente policial en Corrientes y Jean Jaures, incautándosele la suma de \$ 648 sustraída, no así la billetera que la contenía.”

**2.-** El recurrente se presentó ante esta instancia y se agravio por los siguientes motivos:

**2.A.1).- Errónea aplicación del derecho sustantivo con relación a la calificación asignada al hecho imputado.**

La defensa se agravio de la calificación escogida por el tribunal al hecho delictivo atribuido a sus asistidos (robo agravado por el uso de arma), por considerar que el elemento que se utilizó para perpetrar el ilícito (una tijera de uso escolar), en sí, no tenía capacidad lesiva, a la vez que tampoco la había tenido en virtud de la forma en que se la manipuló en el caso concreto.

En esta línea, indicó que, de acuerdo a los exámenes periciales, lo único que se logró acreditar era que la tijera que se secuestró era un útil escolar, sin que se pudiera verificar el estado de conservación del instrumento y sí tenía filo o puntas capaces de producir alguna lesión.

Asimismo, con relación a la ineptitud para lastimar de la tijera, la parte señaló que los propios magistrados en un momento habían expresado que “la razón parecía asistir al letrado”, pero que en lugar de hacer valer esa duda a favor de sus asistidos, los jueces al momento de deliberar tomaron un camino probatorio solitario, ajeno a

las partes, y decidieron probar la capacidad ofensiva de la tijera con una cartulina, con el objeto de rebatir el estado de incertidumbre. En este sentido, la defensa indicó que los jueces debieron limitarse a analizar los argumentos de las partes o reabrir el debate, conforme surge del art. 397, CPPN.

Por su parte, la recurrente señaló que las conclusiones a las que llevaron los jueces eran inválidas. En primer lugar, toda vez que carecía de exactitud y comprobación científica la afirmación esgrimida por el *a quo* de que el cartón y el sobre de papel madera que utilizaron para probar las cualidades de la tijera eran objetos de mayor dureza y resistencia que la piel del cuello. Y en segundo lugar, ya que los magistrados habían omitido narrar de qué forma habían sostenido el sobre de papel madera para ser atravesado por la tijera. Mencionó que si se sostiene el sobre de manera tensa, cualquier adulto podría romperla, dirigiendo un dedo de su mano con fuerza suficiente y que eso no convertía al dedo en un arma.

En virtud de lo expuesto, solicitó que se haga lugar al recurso y se califique al hecho como robo simple.

**2.A.2).**- El *a quo* encuadró el hecho que tuvo por probado en el delito de robo agravado por el uso de arma (arts. 45 y 166 –inc. 2º–, CP).

El tribunal indicó que el defensor, a fin de constatar la capacidad lesiva del instrumento, había pasado reiteradamente por uno de sus dedos el filo de la tijera, sin lesionarse y había apoyado su punta sobre el cuello, con idéntico resultado.

En esta línea, el *a quo* explicó que “desde esa perspectiva la razón parecía asistir al letrado. Sin embargo, durante la deliberación los suscriptos experimentaron otra posibilidad y fue la de acometer con la tijera de punta y un poco más de fuerza una cartulina y un sobre de papel madera –objetos de mayor dureza y resistencia que la piel del cuello–. Por cierto que el resultado fue otro, pues ese simple objeto de uso escolar o preescolar, atravesó con facilidad tales elementos”.

Agregó que “queda(ba) claro entonces que desde esta perspectiva, la víctima corrió el riesgo de ser lesionada, máxime aun teniendo en cuenta la zona vulnerable sobre la cual tenía apoyada la tijera, no pudiendo descartarse que los incusos la hubiesen empleado de esta forma, poniendo en riesgo la integridad física del damnificado”.

**2.A.3).-** En este punto, entiendo que corresponde hacer lugar al planteo introducido por el impugnante, ya que, a mi entender, no corresponde aplicar al caso el agravante del robo mediante el empleo de armas.

Cabe señalar que lo que aquí se encuentra en discusión —el término arma— no se trata de un concepto empírico, sino normativo.

La base sobre la cual se funda la posición del tribunal que juzgó el caso, descansa sobre la concepción de las denominadas “armas impropias”, que podrían definirse como aquellas que, sin adecuarse estrictamente al concepto de armas, son equiparadas a éstas por el mayor poder ofensivo que mediante su utilización obtiene el sujeto activo respecto a la víctima.

Arma, sin embargo, es aquel objeto construido específicamente para el ataque o defensa, por lo que mal podría extenderse ese concepto a objetos que no encuadran en esa categoría sin recaer en una interpretación analógica *in malam parte* vedada por el principio de legalidad (art. 18, CN).

En este sentido, cabe resaltar que si el legislador hubiera pretendido incluir a objetos que no son armas en sentido estricto dentro del tipo penal que nos ocupa, nada le habría impedido efectuar tal asimilación en forma expresa, tal como lo hace el Código Penal español en su artículo 242, el que reprime con una pena especial el robo cometido mediante el uso de armas u *otros medios igualmente peligrosos*.

En el caso bajo análisis, la tijera utilizada en el hecho —a diferencia, por ejemplo, de los cuchillos, que son pasibles de ser encuadrados en la doble categoría de arma blanca y de utensilio destinado a comer— es, claramente, un objeto que se utiliza como un útil

escolar, lo cual implica, en el razonamiento que aquí se sigue, que no se trata del arma al que hace referencia el tipo penal.

Ciertamente la utilización de la tijera por parte de Diviño, y en particular, su aplicación sobre el cuello del damnificado, implicó un aumento del poder ofensivo del agente, creó un peligro mayor para la víctima y menguó su capacidad de oposición o defensa.

Esta circunstancia, empero, deberá ser valorada exclusivamente en el momento de la determinación de la pena de acuerdo a lo establecido en el artículo 41, inciso 1º, del Código Penal y no ya en la adecuación del supuesto de hecho en el tipo penal del robo agravado por el uso de armas.

En este sentido, pues, considero que en atención a las circunstancias en que fue empleada la tijera, en la medida en que aumentó la capacidad de agresión del autor y causó un mayor peligro para la víctima, debe ser sancionada, dentro de la escala penal del robo simple, previsto en el art. 164,CP.

En virtud de lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de casación, con relación al presente agravio.

**2.B.1).- Errónea aplicación del derecho sustantivo con relación al grado de desarrollo de la conducta endilgada.**

La defensa sostuvo que el hecho atribuido a sus asistidos había quedado en grado de tentativa.

Por un lado, entendió que si bien no se había podido recuperar la totalidad del botín, los faltantes (\$100 pesos y una billetera de cuero) no obedecieron a la posibilidad de disposición de los incusos, sino a razones ajenas a su voluntad, como la falta de rastillaje de parte de la policía de los metros que recorrieron los imputados antes de ser detenidos.

Por otro lado, indicó que perder circunstancialmente de vista a los imputados durante su persecución no resultaba un indicativo de que sus asistidos pudieron disponer realmente de los objetos que sustrajeron y que, por lo tanto, no constituía *per se* que el delito se haya

consumado. Señaló que ello se vinculaba con el tiempo que efectivamente los autores tuvieron la disponibilidad del objeto, para deslindar de esta forma los supuestos en los que, por haber existido un manejo tan breve, no existió un poder real de disposición.

En esta línea, la defensa manifestó que el hecho no se había consumado por el rápido pedido de auxilio del damnificado y la instantánea actividad policial. Asimismo, la parte señaló que el razonamiento que utilizó el tribunal, consistente en tomar como parámetro las cuadras que insumió el recorrido que realizaron los agentes policiales a fin de detener a los imputados, no fue acertado, ya que existió una duda con relación a su verdadera extensión.

El recurrente expresó que para tratar la tentativa los jueces tomaron en cuenta la versión que dio Casanoves sobre el recorrido que transitó hasta dar con el patrullero y posterior detención de Diviño, aduciendo que fueron unas 7 cuadras; mientras que para acreditar el hecho tomaron la versión sobre el recorrido que dio el agente policial Velázquez, que resultaba más corto que el que indicó el damnificado. En esta línea, indicó que existía una discrepancia en ambos relatos, en tanto el taxista señaló que había dado con el patrullero en la esquina de la calle Billinghamurts y Perón, mientras que el agente indicó que él circulaba por la calle Sarmiento –no por Perón– y que en la intersección con Billinghamurts fue alcanzado por el damnificado.

En síntesis, señaló que el recorrido que habían realizado sus asistidos entre que se bajaron del taxi y fueron observados por el cabo Velázquez a partir del señalamiento del damnificado, o fue una vuelta manzana en torno al lugar del hecho –de acuerdo al relato de la víctima–, o bien, fue tan solo una cuadra por Valentín Gómez hacia Agüero –según los dichos del policía–. Así, desde el momento del hecho hasta la detención de Diviño, a una cuadra del lugar del suceso, casi no transcurrió tiempo, pues el taxista rápidamente dio aviso a la policía. Además, refirió que el damnificado siempre supo dónde estaban sus asistidos, al punto que se los señaló rápidamente al policía Velázquez.

Por último, en la audiencia del art. 465, CPPN, el defensor Mariano P. Maciel hizo referencia a los precedentes “Montenegro” del TOC n° 7 (causa n° 3160, “Montenegro, Alberto s/ robo”, fecha 1/7/2009), “Vallejos” de la Sala IV de la CNCP, que hizo lugar a la postura expuesta por el Dr. Luis Niño en la instancia anterior (“Vallejos, Héctor Horacio s/recurso de casación, registro n° 3901.74) y al voto del Dr. Eugenio Sarrabayrouse en el fallo “Saladino” de esta Cámara (causa n° 18.137/2013, “Saladino, Luciano Jorge y otro”, Reg. n° 69/2016, 11/2/2016, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse).

En suma, consideró que el hecho atribuido quedó en grado de conato.

**2.B.2).**- Con relación al presente agravio el tribunal entendió que “el ilícito había quedado consumado y no en grado de conato como propusiera el letrado de confianza”.

Explicó que “más allá del faltante del billete de cien pesos el cual, según la versión del coimputado Diviño, el propio damnificado quizás lo dio voluntariamente al personal policial en señal de agradecimiento, quedó claro que los incusos tuvieron la posibilidad cierta de disponer de los bienes sustraídos, a punto tal que la billetera que contenía la suma sustraída a Casanoves no fue recuperada”.

Asimismo, agregó que “al consultar el plano de fs. 6 donde la víctima marcó el trayecto que recorriera luego de ser asaltado hasta encontrar el personal policial y la posterior detención de los imputados, Casanoves señaló que luego del atraco continuó por Valentín Gómez hasta Agüero, dobló por ella y al cruzar Sarmiento los vio venir caminando. Siguió entonces hasta Perón y desde allí observó a un móvil policial que circulaba por Billinghamurst a donde lo interceptó para anoticiarlo de lo ocurrido”.

Por último, concluyó que “cuanto menos, siete son las cuadras que recorrió el damnificado hasta que, con el auxilio de personal policial se detuvo primero a Diviño y casi dos cuadras después a Scanciani, cuando intentaba subir a un taxi, según la agente policial que



lo aprehendiera, lapso durante el cual, los nombrados tuvieron el tiempo y la posibilidad suficiente de disponer de lo sustraído, lo cual hicieron al desprenderse de la billetera de Casanoves”.

**2.B.3).-** Según surge de las constancias de la causa, los acusados lograron sacar de la esfera de custodia de su legítimo titular los bienes sustraídos, siendo aprehendido primero el imputado Diviño a dos cuadras del lugar del hecho, en la intersección de las calles Valentín Gómez y Billinghamurts, y posteriormente Scanciani, en la Av. Corrientes y Jean Jaures, a cuatro cuadras de donde se cometió el robo.

Sin embargo, cabe hacer hincapié en que para dar con el primero, de acuerdo al relato del taxista, éste recorrió seis cuadras hasta dar con el patrullero y una cuadra más, hasta la detención de Diviño, es decir, siete cuadras, oportunidad en la que se le secuestró la tijera. Asimismo, se encuentra fuera de discusión que una vez que Scanciani se dio a la fuga, se irradió el alerta policial y la agente Felisa A. López lo detuvo en la Av. Corrientes, esquina Jean Jaures –a 5 cuadras de donde se detuvo a Diviño–, cuando el incuso intentaba darse a la fuga en un taxi, incautándosele la suma de seiscientos cuarenta y ocho pesos (\$ 648) sustraída, faltando un billete de cien pesos (\$100) y una billetera de cuero.

Ahora bien, la defensa se agravió de que el tribunal utilizó como parámetro para dar por consumado el hecho, las cuadras que recorrieron los agentes policiales y la víctima a fin de detener a los imputados, basándose en el relato del damnificado, que discrepa con el del agente policial, con relación al lugar donde la víctima pidió auxilio a la fuerza de seguridad.

Así, el damnificado indicó que “[lo habían asaltado en la intersección de las calles Gallo y Valentín Gómez], que luego continuó por Valentín Gómez, mientras ellos caminaban por Gallo hacia Sarmiento y que dobló por Agüero a la derecha, motivo por el cual cuando estaba cruzando Sarmiento vio que venían por esa calle, en dirección a Agüero, caminando a mitad de cuadra. Que, siguió y *al llegar a*

*la esquina de Agüero y Perón vio a unas cuadras, a la altura de Billingshurst, a un patrullero que circulaba por Perón. Que alcanzó al patrullero o bien cuando había doblado o doblando por Perón, y allí le indicó al policía que le habían robado”;* mientras que el agente policial Velázquez explicó que “*en su recorrido lo cruza un taxista que le pide ayuda cuando circulaba por Sarmiento, al doblar en Billingshurst*”. (el resaltado me pertenece).

Lo que intenta demostrar la defensa es que, de acuerdo al relato del policía, la víctima realizó un recorrido más corto que el que se analizó en la sentencia para dejar en grado de tentativa el hecho, y que eso les impidió a los imputados disponer de los objetos sustraídos.

La defensa, empero, no se hace cargo de explicar en qué modifica la consumación del hecho que el recorrido que transitó la víctima hasta dar con uno de los dos imputados haya sido de 7 cuadras – conforme surge del relato del taxista–, o de 5 cuadras –de acuerdo a los dichos del policía–.

A su vez, debe recordarse que Scanciani –a quien se le secuestró parte del botín– fue detenido posteriormente, cuando intentaba darse a la fuga en un taxi, por lo que se entiende que contó con un mayor tiempo para poder disponer de los bienes que sustrajeron.

Por su parte, la defensa citó el voto del Dr. Gustavo Pablo Valle, en el precedente “Montenegro” del TOC n° 7, al cual adherí, en el que se sostuvo, entre otras cuestiones que la falta de hallazgo de una parte del botín no determina *per se* que el hecho esté consumado, porque para la determinación de ello lo que importa es que el autor haya estado en condiciones de ejercer actos de disposición.

En aquel hecho, una vez que el imputado Montenegro cometió el robo, se dio rápidamente a la fuga, pero fue inmediatamente perseguido por la víctima y en cuanto éste dejó de hacerlo, intervino un agente de policía. Por lo tanto, durante la persecución, el nombrado nunca fue perdido de vista y, consecuentemente, no estuvo en condiciones de disponer de los bienes que se apoderaron.

La situación, entonces, es distinta a la que se presenta en

este caso, y por tanto, la solución no resulta asimilable. Así, tras analizar las circunstancias que rodearon al hecho (con relación a la distancia transitada por el damnificado y el móvil policial para detener al primero imputado Diviño; la alerta policial que se tuvo que irradiar para dar con Scanciani, y la posterior detención del nombrado cuando intentaba darse a la fuga en un taxi), se advierte que los nombrados contaron con tiempo para poder disponer de los bienes que sustrajeron; tal es así que no se logró recuperar la totalidad de los elementos sustraídos.

En cuanto a ello, la defensa señaló que esa faltante “tuvo más que ver con una falta de rastillaje de parte de la policía de los metros recorridos por ambos que por una actitud dispositiva” (sic). Sin embargo, y al margen de que la parte indicó esta situación como una probabilidad y no como una afirmación, no existen indicios que den cuenta de que la fuerza de seguridad no llevó a cabo sus funciones de forma correcta.

Por su parte, la versión que dio Scanciani –con relación a que los cien pesos (\$100) que no fueron hallados fueron obsequiados por la víctima a uno de los policías como símbolo de agradecimiento por su labor–, se encuentra contrarrestada con los dichos del propio damnificado que hizo hincapié en que estaba seguro de que le faltaba un billete de cien pesos (\$100) con el que le habían pagado el último viaje, y con el alegato de la propia defensa que señaló que los imputados pudieron haber descartado el dinero por error o por una confusión.

En estas circunstancias, se advierte que resultó plausible la solución a la que arribó el tribunal, en cuanto entendió que el hecho había quedado consumado, y en virtud de ello, corresponde rechazar el recurso de casación con relación al presente agravio.

**2.D.A).- Inconstitucionalidad del art. 50, CP e inaplicabilidad del mencionado instituto a Silvio Adrián Scanciani**

La defensa se agravió de que el *a quo* había rechazado el planteo de inconstitucionalidad del art. 50, CP, toda vez que afectaba el principio de culpabilidad, proporcionalidad de la pena, reserva, legalidad,

derecho penal del acto y la prohibición de la múltiple persecución penal, que aparecen reconocidos en las garantías consagradas en los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y en los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Por otra parte, solicitó que se deje sin efecto la declaración de reincidencia de su asistido ya que nunca había cumplido pena como condenado.

Asimismo, en el término de oficina, el defensor oficial señaló que únicamente podría afirmarse que ha habido “cumplimiento parcial de la pena” a los efectos de la declaración de reincidencia, cuando el condenado superó todas las fases del tratamiento y pudo alcanzar el periodo siguiente –de prueba– dentro del régimen progresivo de la pena. En esta línea, indicó que de autos no se desprendía dato alguno respecto del avance que su asistido alcanzó en su anterior condena.

**2.D.B).**- Sobre el punto, interesa señalar que este planteo ya fue introducido durante el debate por el recurrente y el *a quo* lo rechazó sobre la base de diversos precedentes de la Corte Suprema de Justicia. Luego, concluyó que correspondía declarar reincidente a Scanciani “atento la condena anterior que registra en la cual cumplió pena como condenado (ver fs. 6/7 y 9/13 del legajo de personalidad)”.

En este sentido, tal como sostuve en los precedentes “Sarno<sup>1</sup>”, “Medina<sup>2</sup>”, “García<sup>3</sup>”, entre otros, nuestro máximo tribunal ya se ha pronunciado sobre la cuestión jurídica a resolver en este asunto, pues en el fallo “Arévalo” ratificó la constitucionalidad de la reincidencia por remisión a la doctrina permanente de ese tribunal, explicitada en “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938), “L’ Eveque” (Fallos: 311:1451) y “Gramajo” (Fallos: 329:3680), aún después de que adquirieran rango constitucional las reglas establecidas en el art. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP.

---

<sup>1</sup> CNCP, “Sarno, Cristóbal Fayek s/ recurso de casación”, n° 49.723/2013, rta. 8/10/2015, reg. 535/2015.

<sup>2</sup> CNCP, “Medina, Lucas y otros s/ robo agravado”, n° 17733/2012, rta. 3/9/2015, reg. 406/2015.

<sup>3</sup> CNCP, “García, Oscar Efraín s/ recurso de casación”, n° 19.979/2008, rta. 18/9/15, reg. 471/2015.

Por lo tanto, las objeciones introducidas por el recurrente ya han sido materia de análisis de nuestro más Alto Tribunal que como intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes subordinadas a aquélla, ha sostenido que su contenido en nada vulnera las garantías constitucionales cuestionadas por la parte (Fallos 308:1938).

Asimismo, la crítica relacionada con el tiempo sufrido como condenado requerido para considerar que ha habido cumplimiento parcial de la pena anterior, también fue expresamente resuelta en el fallo “Gómez Dávalos” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En lo que aquí interesa, allí se dijo:

“5º) Que, a juicio del Tribunal, el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida.

Es suficiente, entonces, contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de libertad, *independientemente de su duración*, ya que el tratamiento penitenciario es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena. Es cierto que podrían presentarse supuestos extremos en los que la escasa magnitud de la pena cumplida ofreciera alguna dificultad en la solución, pero esta hipótesis no pasó por alto en el debate parlamentario, donde el senador De la Rúa expresó: “Entendemos que esto no es del todo claro para ciertas situaciones intermedias, límites o excepcionales cuando, por ejemplo, el tiempo de cumplimiento parcial es muy breve, casi insignificante. *Con todo, refirma el sistema de reincidencia real que se adopta.* Hay que reconocer que el juez puede tener cierta elasticidad para situaciones excepcionales cuando, por ejemplo, se trata de una diferencia

de un solo día o incluso pocos días de prisión...” (Diario de Sesiones de la H. Cámara de Senadores de la Nación, 15 de febrero de 1984, pág. 578).

6°) Que, sin dejar de recordar que la norma no ha impuesto un plazo mínimo de cumplimiento efectivo, dando lugar a que el intérprete establezca su alcance, corresponde puntualizar que esta Corte no comparte la interpretación propuesta por la defensa porque ella conduciría prácticamente a eliminar la reincidencia de nuestro derecho positivo (...).

(...) Por otra parte, si la reincidencia dependiera de la existencia de suficiente tratamiento anterior, podría discutirse siempre no sólo la circunstancia misma de la efectiva aplicación de dicho tratamiento en el caso, sino también su idoneidad a los fines de la resocialización del individuo en particular, con lo que se desvirtuaría el régimen de la ley, *que ha considerado suficiente el dato objetivo de la condena anterior, con el único requisito de que haya mediado cumplimiento total o parcial*” (sin bastardilla en el original).

La tesis de la Corte, conforme a la cual, el solo dato objetivo de la condena anterior resulta suficiente para concluir que concurre el requisito de cumplimiento parcial de la pena anterior, sin condicionamientos vinculados a un tiempo de duración específico o a un avance determinado en el tratamiento penitenciario fue ratificado, dos años después de “Gómez Dávalos”, en “Gelabert” (Fallos 311:1209), fallo en el que se reiteró el criterio según el cual sólo se requiere “el antecedente objetivo de que la haya cumplido total o parcialmente, independientemente de su duración”.

Sobre esta base, el tribunal explicó que Scanciani había cumplido pena como condenado en su anterior condenada, remitiéndose a las fs. 6/7 y 9/13 de su legajo de personalidad.

De dichas constancias surge que en fecha 24 de septiembre de 2009, el TOC n° 5 condenó al nombrado a la pena única de 12 años de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la pena de 5 años

de prisión, accesorias legales y costas, dictada por el mencionado tribunal, en el marco de la causa n° 3061 del registro de dicha dependencia, por ser considerado autor penalmente responsable del delito de robo con armas, y de la pena de 7 años de prisión, accesorias legales y costas, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 1 del Dpto. Judicial de Dolores, el 1° de mayo de 2006, en orden a los delitos de robo calificado por el uso de armas en concurso real con hurto simple.

Asimismo, de fs. 9/13 del mencionado legajo, surge que el 6 de abril de 2010 se resolvió extrañar al nombrado, autorizando que la autoridad migratoria ejecute su expulsión del territorio nacional a partir de esa fecha, ya que el nombrado había cumplido con el requisito temporal previsto por la ley 25.871, el 19 de diciembre de 2009.

De esta forma, corresponde concluir que ha sido correcta la interpretación del *a quo*, ya que ha habido cumplimiento parcial de la pena y, por añadidura, es correcta la declaración de reincidencia.

Por su parte, del certificado de fs. 24 del legajo de personalidad, surge que Scanciani registra dos condenadas posteriores, en las que además se lo declaró reincidente. Así, en fecha 14 de julio de 2011, el TOC n° 8 lo condenó a 2 años y 3 meses de prisión de efectivo cumplimiento, por considerarlo autor del robo en poblado y en banda en grado de tentativa, y se lo declaró reincidente. Y además, el 14 de agosto de 2013 el TOC n° 22 condenó al nombrado a la pena de 1 año y 8 meses de prisión por hallarlo coautor del delito de robo agravado por el empleo de un arma de utilería, en grado de tentativa, y se lo declaró reincidente.

Por último, conforme surge de fs. 20/21, en fecha 1 de septiembre el Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 3 resolvió autorizar el extrañamiento a la República Oriental del Uruguay de Scanciani.

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso de casación, con relación al presente agravio.

3.- En virtud de las consideraciones efectuadas, propongo al acuerdo: **I.- HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, **CASAR** los puntos dispositivos “I” y “II” de la decisión impugnada en cuanto se condenó a Miguel Ángel **DIVIÑO** y a Silvio Adrián **SCANCIANI** o Juan Alberto **RODRÍGUEZ**, en orden al delito de robo agravado por el uso de arma y **ESTABLECER** que la calificación legal que corresponde es la de robo simple; **II.- REMITIR** las presentes actuaciones a la Cámara Federal de Casación Penal a fin de que desinsacule un nuevo órgano colegiado que deberá dictar una nueva pena a **DIVIÑO** y a **SCANCIANI** o **RODRÍGUEZ**, en función de lo decidido. Sin costas; y **III.- RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto en los restantes agravios que motivaron la impugnación.

**El juez Luis Fernando Niño dijo:**

1.- En el recurso de casación, el recurrente dio cuenta de que: sea por las características insuficientes de la tijera utilizada en el desapoderamiento –concretamente, su filo y punta–, la inadmisibles producción probatoria en que incurrieron los jueces del Tribunal durante la deliberación, o bien, la forma en que fue utilizado el elemento en cuestión; corresponde que se descalifique como arma –en los términos del artículo 166 inciso 2º, CP– el empleo del objeto en cuestión y se disponga la modificación de la tipificación a la modalidad básico del robo simple, en los términos del art. 164 del mismo cuerpo legal.

Adelanto que, sobre el punto en cuestión, habré de apartarme de las consideraciones tenidas en cuenta por el juez Morin al emitir su voto.

Cabe señalar que, aunque no comparto el criterio aludido por el nombrado colega –que limita el concepto de arma a los instrumentos, medios o máquinas fabricados con fines de ataque o defensa–, tampoco adhiero al opuesto, que extiende el marco semántico de dicha voz hasta abarcar supuestos que rozan la absurdidad.



En buen romance, fuera del elenco convencional de armas –arrojadizas, blancas, de fuego, de percusión, mecanizadas o termonucleares– sólo cuadrará incluir bajo tal denominación, a la hora de analizar la virtual concurrencia de la circunstancia agravante contenida en el tipo del artículo 166, inciso 2º, del Código Penal, a aquellos elementos que, a partir de sus propias características y del modo de empleo en la emergencia, quepa considerar **contundentes**, sea por su capacidad de golpear o magullar –vale decir, precisamente, de contundir–, sea por su capacidad de producir gran impresión en el ánimo, que es la segunda acepción del adjetivo en cuestión.

Sentada tal precisión respecto del instrumento, medio o máquina, restará analizar, en cada caso concreto, como ya se ha expresado, la modalidad de uso desplegada, pues no es lo mismo blandir un arma blanca que exhibirla a la distancia<sup>4</sup>, ni es igual mostrar la empuñadura de un arma de fuego portada en el cinto que apuntar con ella a la víctima, a la hora de interpretar la preposición “con” inserta en el tipo legal de que se trata.

En el episodio que me toca analizar, reconstruido, fundamentalmente, a través del testimonio del damnificado Alejandro Casanovas y del secuestro del elemento en cuestión, se logró acreditar que Miguel Ángel Diviño y Silvio Adrián Scanciani ascendieron al vehículo de alquiler que conducía el damnificado y, con el propósito de vencer cualquier tipo de resistencia y así lograr despojarlo de sus bienes personales, lo tomaron de las axilas para inmovilizarlo. Acto seguido, Diviño le colocó la punta de la tijera en cuestión en el cuello, amenazándolo con lastimarlo, desapoderando a Scanciani del dinero que el chofer guardaba en una billetera, depositada en el asiento delantero derecho.

Es claro, entonces, que el empleo de la tijera secuestrada y remitida a esta sede para su observación –la que cuenta con dos hojas

---

<sup>4</sup> Cuadro de situación que desarrollé, hace más de dos décadas, en oportunidad de emitir mi voto en la causa n° 15, caratulada “SÁNCHEZ, Víctor Francisco s/ robo agravado por el uso de arma” (FOC 20, rta. 22.2.94).

metálicas de seis centímetros de largo— colocada en una zona vital del organismo como es el cuello, con su importante red sanguíneo—linfática, en la que destacan la arteria carótida y la vena yugular externa, importó un mayor poder ofensivo para los atacantes, y un peligro cierto para la integridad de la víctima con lo que se anuló toda posibilidad de defensa para la víctima.

Por lo demás, la crítica dirigida a cuestionar los ensayos realizados por los jueces del *a quo* —al momento de deliberar— sobre el objeto incautado con el propósito de comprobar su capacidad para dañar, no puede tener favorable acogida, toda vez que no se advierte la afectación al derecho de defensa como producto de tal intervención y habida cuenta de que —al momento de emitir este voto— este colegiado dispone efectivamente de aquel instrumento para cotejar sus particulares características. De tal modo, es absolutamente razonable sostener —como lo hizo el Tribunal— que la tijera empleada en la emergencia pudo comprometer, severamente, la integridad física y aun la vida del afectado.

Corresponde, entonces, confirmar la decisión del *a quo* en cuanto calificó al accionar de Miguel Angel Diviño y Silvio Adrián Scanciani como constitutivo del tipo penal contenido en el artículo 166, inc. 2º del código de fondo, habida cuenta que la sentencia logró demostrar y tener por probado para agravar la figura base —receptada en el art. 164 del CP— que el empleo del arma para cometer el robo elevó, concretamente, el riesgo de sufrir un daño en la salud física del sujeto pasivo.

2.- En segundo orden, la defensa sostuvo que el hecho había quedado en grado de tentativa.

Sobre el punto, habré de adherir sustancialmente a las razones ponderadas por el colega preopinante, en tanto y en cuanto considero que los imputados contaron con la posibilidad cierta de disponer del dinero sustraído. En efecto, el tiempo transcurrido desde el desapoderamiento y la distancia recorrida por los acusados hasta que, finalmente, fueron aprehendidos, sumado a la circunstancia de que

habrían sido perdidos de vista –aunque brevemente– por el damnificado, se erigen como pautas suficientes para confirmar la sentencia en lo que respecta a la correcta aplicación de las reglas sobre la tentativa.

3.- En lo que refiere al planteo de inconstitucionalidad articulado por la defensa contra la declaración de reincidencia de su asistido Scanciani, vale apuntar que la cuestión traída a estudio es esencialmente análoga a la resuelta por esta Cámara Nacional de Casación Penal en lo Criminal y Correccional en el precedente “Cajal”<sup>5</sup> – el cual, a su vez, remite a los considerandos expuestos en “Obredor”–, a la que me remito por razones de practicidad. En esa ocasión declaré la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, por entender que dicho instituto conculca los principios de igualdad ante la ley, de legalidad, de lesividad y de culpabilidad por el hecho (arts. 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), así como el de prohibición del doble juzgamiento y/o punición (art. 33 de la Constitución Nacional y 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU).

Por lo tanto, en el caso traído a consideración, corresponde hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal y revocar la decisión aquí impugnada (artículo 475 del Código Procesal Penal de la Nación), por cuanto declaró reincidente a Silvio Adrián Scanciani.

4.- En definitiva, propongo al acuerdo: 1) hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial a fs. 254/267, casar el punto dispositivo III de la sentencia cuestionada en lo que se refiere a la declaración de reincidencia de Silvio Adrián Scanciani y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal (art. 475, CPPN); 2) rechazar el recurso de casación

---

<sup>5</sup>Causa n° 31507/2014, “Cajal, Hugo Ernesto s/ robo” (registro 351/2015, rta. 14/8/2015). Allí se hace remisión, a su vez, al precedente “Obredor”, también de esta Cámara de Casación (registro n° 312/2015, rta. 4/8/2015).

ensayado, en lo que respecta a los restantes motivos de agravio, sin costas (arts. 456, 465, 468, 469, 470 a *contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

**El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:**

1. Adherimos, en lo sustancial, a los puntos 2.A.1 y 2.B.3 del voto del colega Daniel Morin.

Cabe agregar con respecto a la manera en que el tribunal *a quo* dio por acreditado la supuesta capacidad ofensiva de la tijera de uso escolar empleada en el hecho que, más allá de la forma errónea en que se lo hizo, como bien apunta el colega Morin, se trata de una cuestión normativa. Por ende, no depende de un dato empírico.

2. Con respecto a la constitucionalidad de la reincidencia (art. 50, CP), cabe remitirse a los argumentos sostenidos en los precedentes **“Giménez”**<sup>6</sup>, **“Salto”**<sup>7</sup> y **“Medina”**<sup>8</sup> (entre muchos otros). Allí se concluyó que la cuestión se encuentra provisoriamente saldada en el ámbito judicial por diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en lo sustancial se han referido, de manera invariable, a este tema: **“Gómez Dávalos”** (Fallos 308:1938, del 16 de octubre de 1986), **“Gelabert”** (Fallos 311: 1209, del 7 de julio de 1987), **“Valdez”** (Fallos 311:522, del 21 de abril de 1988), **“L’Eveque”** (Fallos 311:1451, del 16 de agosto de 1988), **“Gramajo”** (Fallos 329:3680) y fundamentalmente **“Arévalo”** (causa A.558.XLVI, del 27 de mayo de 2014). Estos precedentes muestran que la Corte Suprema ha mantenido desde 1986 una línea constante, en donde se ha pronunciado por la constitucionalidad del instituto, rechazando que afecte el principio de culpabilidad, el *ne bis in ídem* y la igualdad ante la ley.

3. Por último, y con respecto a la inaplicabilidad del instituto a Scanciani (punto 2.D.A del voto del juez Morin), la sentencia se ha remitido para fundarla a las constancias de fs. 6/7 y 9/13 de su legajo de personalidad. De las fojas mencionadas surgen las diversas condenas, la expulsión del territorio nacional y las declaraciones de

---

<sup>6</sup> Sentencia del 10.07.2015, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 238/2015.

<sup>7</sup> Sentencia del 27.08.2015, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 374/2015.

<sup>8</sup> Sentencia del 3.09.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 406/15.

reincidencia anteriores que pesan sobre el nombrado (por razones de brevedad, corresponde remitirse nuevamente al voto del juez Morin, punto 2.D.B.). Por su parte, la defensa no ha rebatido ni se ha hecho cargo de todos estos antecedentes que justificaban la declaración de reincidencia. Tampoco ha demostrado ni planteado los motivos por los cuales no debían ser considerados ni efectuó una crítica concreta a la decisión del *a quo* en el punto, sino que efectuó una vaga referencia a que en el caso existió un cumplimiento parcial de pena. Todo lo cual conduce, también, al rechazo de este planteo.

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

**I.- HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, **CASAR** los puntos dispositivos "I" y "II" de la decisión impugnada en cuanto se condenó a Miguel Ángel **DIVIÑO** y a Silvio Adrián **SCANCIANI** o Juan Alberto **RODRÍGUEZ**, en orden al delito de robo agravado por el uso de arma y **ESTABLECER** que la calificación legal que corresponde es la de robo simple (arts. 164, CP; 456, incs. 1º y 2º, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN);

**II.- REMITIR** las presentes actuaciones a la Cámara Federal de Casación Penal a fin de que desinsacule un nuevo órgano colegiado que deberá dictar una nueva pena a **DIVIÑO** y a **SCANCIANI** o **RODRÍGUEZ**, en función de lo decidido. Sin costas;

**III.- RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto en los restantes agravios que motivaron la impugnación.

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; Lex 100) y remítase a la Cámara Federal de Casación Penal, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

//te mí:

PAULA GORS  
Secretaria de Cámara