

Reg. n° 820/2016

En la ciudad de Buenos Aires, a los 17 días del mes de octubre de 2016, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, Daniel Morin y Horacio L. Días, quien interviene en reemplazo del juez Luis Fernando Niño por encontrarse en uso de licencia cf. regla práctica 18.11 del reglamento de esta Cámara, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 364 / 377 por la defensa de Aldo Javier Soplán y Alberto Víctor Enrique Chacón; en la presente causa n° 23.135 / 2014, caratulada **“Soplán, Aldo Javier y otros s/ recurso de casación”**, de la que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 24, el 15 de septiembre de 2015, resolvió -en lo que aquí interesa- *“...I.- CONDENAR a ALDO JAVIER SOPLÁN cuyas condiciones personales obran en el encabezado, a la PENA de CINCO AÑOS y SEIS MESES de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de armas (arts. 29 inc. 3°, 45 y 166 inc 2° primer supuesto del Código Penal y arts. 403, 530 y 531 del CPPN)...III. CONDENAR a ALBERTO VÍCTOR ENRIQUE CHACON, cuyas condiciones personales obran en el encabezado, a la PENA SEIS AÑOS de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de armas (arts. 29 inc. 3°, 45 y 166 inc 2° primer supuesto del Código Penal y arts. 403, 530 y 531 del CPPN)...IV.- DECLARAR NUEVAMENTE REINCIDENTE a ALBERTO VÍCTOR ENRIQUE CHACON...”* (fs. 334 / 345).

II. Contra dicha sentencia, la defensora pública oficial Laura S. Pérez De Mateis interpuso recurso de casación (fs. 364 / 377), concedido el 8 de octubre de 2015 (fs. 378) y tratado por la Sala de Turno de ésta cámara, que le imprimió el trámite previsto por el art. 465, CPPN (fs. 383).

La defensa de Soplán y Chacón fundó su impugnación en ambos incisos del art. 456, CPPN, y distinguió los motivos que a continuación se resumen.

1. Agravios relacionados con la valoración de la prueba que conducen a un cambio de calificación jurídica del hecho

Bajo el título “*Arbitrariedad en la valoración de la prueba al determinar que en el delito contra la propiedad se utilizó un cuchillo o navaja*”, la defensa consideró que la sentencia no había despejado el estado de incertidumbre acerca de la utilización de un cuchillo o navaja para perpetrar el ilícito reprochado a sus asistidos, en virtud de la falta de secuestro del objeto utilizado.

En ese sentido, afirmó que las lesiones que presentaba la presunta víctima, fueron constatadas días después de ocurrido el hecho y no estaban directa e inequívocamente correlacionadas con la utilización de un cuchillo o navaja. Destacó que el informe médico de fs. 92 constató una “...*escoriación en el lado izquierdo de la cadera...producto de golpe, choque y/o roce con o contra superficie y/o objeto duro...*”.

Según la recurrente, esta circunstancia objetiva desvirtuaba o al menos ponía en crisis lo manifestado por la víctima cuando aseveró que le pusieron una “*navaja o algo cortante en su cintura*” y que “*vio parte del filo de la navaja*”.

A su vez, reclamó el análisis de este aspecto en el contexto del resto de la declaración del damnificado, pues éste intentó tomar el arma de fuego del policía que intervino en el hecho y luego participó en la agresión a los imputados, lo que demostraba la parcialidad del testimonio.

La defensa agregó que la sentencia consideró veraces los dichos de la testigo Sayaz Ancewicz, pese a que ella destacó la escasa iluminación del lugar a lo que se sumaba que el propio Chacón dijo haber utilizado una lapicera.

En razón de lo expuesto, la recurrente consideró que este conjunto de circunstancias restaban valor al testimonio de la víctima en relación con la utilización de una navaja, lo que convertía en arbitraria la conclusión del tribunal de juicio en el punto, por lo que debía regir la regla de la duda (art. 3, CPPN). En consecuencia, correspondía modificar la calificación legal del hecho por la de robo simple (art. 164, CP).

2. Agravios dirigidos a cuestionar la calificación legal del hecho

Subsidiariamente, la defensa entendió que, aún cuando se considerara probada la utilización de una navaja o cuchillo, el hecho no podía encuadrar en el art. 166, inc. 2º, CP.

En este aspecto, el error del tribunal fue incluir las “armas impropias” dentro de la calificación agravada del robo con armas, lo que constituía una violación del principio de legalidad sustantiva y de máxima taxatividad interpretativa.

Añadió que, según la definición de “arma” del Diccionario de la Real Academia Española (instrumento, medio o máquina destinado a atacar o defenderse), sólo deben ser contemplados en ese conjunto aquellos instrumentos que han sido fabricados *ex profeso* para ser empleados para la agresión o defensa de las personas. Por esta razón, solicitó también se modifique la calificación legal por la de robo simple (art. 164, CP).

3. Agravios dirigidos a cuestionar la determinación judicial de la pena

En tercer término, la defensa consideró que la determinación de la pena era arbitraria porque:

a. No se evaluaron los atenuantes planteados en los alegatos de la defensa. Tampoco se tomó en cuenta el ataque que recibieron los imputados por parte de ocasionales transeúntes y del propio damnificado una vez que fueron detenidos.

b. Se mencionaron los antecedentes de los imputados sin determinar si la sentencia los juzgó como atenuantes o agravantes.

c. La nocturnidad como agravante no puede ser considerada pues no se acreditó que los imputados hayan aprovechado esa situación. La zona donde se cometió el hecho es un lugar urbano, transitado y “...*con inmediatez*...” (fs. 372), ya que el sujeto pasivo obtuvo ayuda de ciudadanos y de agentes policiales.

d. Era errado considerar la intervención en el hecho de un grupo mayor, pues incluso en el caso de que hubieran existido más intervinientes, ellos

no tuvieron injerencia o, en todo caso, no realizaron aporte alguno a la comisión del delito.

4. Planteo de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia (art. 50, CP)

En último lugar, la defensa cuestionó la constitucionalidad de la reincidencia por ser una manifestación de un derecho penal de autor, violatorio del principio de culpabilidad por el hecho y de las garantías de los arts. 18 y 19, CN, en tanto sanciona al sujeto por su forma de vida.

Asimismo, afirmó que afectaba los principios de derecho penal de acto, *ne bis in ídem* y de resocialización.

III. En el término de oficina, previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, el defensor público oficial, Mariano Patricio Maciel, expuso en lo sustancial, los mismos agravios volcados en el recurso interpuesto (fs. 386 / 393).

IV. Se celebró la audiencia prevista por el art. 468, CPPN, a la que compareció el mismo defensor público, quien sintetizó los argumentos del recurso interpuesto y respondió preguntas de los integrantes del tribunal.

En el marco de la audiencia referida, el tribunal conoció personalmente a Aldo Javier Soplán, de acuerdo con el art. 41, CP.

Efectuada la deliberación establecida en el art. 469, CPPN, se arribó a un acuerdo en los términos que a continuación se exponen.

CONSIDERANDO:

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

1. Agravio vinculado a la valoración de la prueba.

Para un mejor tratamiento y comprensión de los agravios introducidos por la defensa, conviene recordar el hecho que tuvo por probado el tribunal *a quo*:

“...el 17 de abril de 2014 cerca de las 20 hs. Gonzalo Evangelista, quien se desplazaba caminando por la calle Cabrera hacia Pueyrredón, metros antes de llegar al cruce con Gallo fue interceptado por los imputados Aldo Javier Soplán y Alberto Víctor Enrique Chacón quienes, como parte de un grupo mayor, tomaron posición con el fin de hacerlo víctima de la sustracción de elementos personales de valor. Fue así que los dos imputados lo

enfrentaron físicamente intimidándolo Chacón con una navaja, con la que incluso le provocó una lesión en el lateral izquierdo de la cintura, en tanto Soplán lo revisaba, movimientos esos acompañados con la amenaza verbal de que lo matarían si no se quedaba quieto y entregaba sus pertenencias. De tal modo le sustrajeron un celular Motorola modelo Delfy, un auricular de la misma marca, una cadena con una cruz y una suma de dinero que oscilaba entre los veinte y treinta pesos, tras lo cual los imputados se alejaron para tomar la calle Soler en sentido ascendente. En tanto, Evangelista retomó su marcha en dirección contraria a la que llevaba antes de ser abordado y junto con Agustina Micaela Rivero y Rocío Sol Zayas Ancenicz –ocasionales compañeras de trabajo durante esa jornada-, quienes al momento del hecho se desplazaban en idéntica dirección que el damnificado aunque por la vereda contraria, procuraron obtener ayuda en un local de kiosco cercano. No lo consiguieron pero allí les dieron el dato de una consigna policial próxima, circunstancia que motivó que Evangelista se acercara a Agüero 1164 y denunciara lo ocurrido al Escribiente Miguel Ángel Veltens, quien cubría en esa dirección una parada instalada en custodia de un objetivo judío. Ante la novedad Veltens y Evangelista se dirigieron al lugar del hecho (sito a una cuadra y media de aquella parada) y desde allí continuaron caminando en la misma trayectoria que habían tomado los autores del hecho. Fue así que se desplazaron por Cabrera hasta Sánchez de Bustamante, luego giraron una cuadra a la derecha hacia Soler y por ésta última doblaron hacia Coronel Díaz; cuando habían caminado una cuadra y media por Soler, Evangelista vio que los dos imputados se encontraban sentados al umbral de una propiedad, indicación que motivó que Veltens se dirigiera directamente hacia Soplán y Chacón, a quienes logró retener en Soler frente al nro. 3555. Se acercó a ese sitio Evangelista –también lo hicieron sus compañeras de trabajo-, reconoció a los demorados y advirtió que Chacón tenía en sus manos el celular que le había sustraído y decía que le pertenecía; como Evangelista insistió que en realidad ese aparato era suyo, Chacón lo arrojó al suelo y ello provocó que se astillara la pantalla, produciéndole además daños internos que lo volvieron inutilizable. Ante testigos se instrumentaron las detenciones de los imputados y el secuestro del celular recuperado; y ya en la sede de la Comisaría 21, al dejarse constancia de la recepción en depósito de efectos personales de los detenidos, se verificó que entre los del imputado Chacón se encontraban la cadena color plata y el crucifijo también sustraídos a Evangelista, motivo por el cual se instrumentó igualmente su secuestro y afectación al sumario. En definitiva, pese a la detención de los imputados, no

fueron recuperados el auricular Motorola y el dinero propiedad del damnificado...” (fs. 338 vta. / 339).

Los colegas de la instancia anterior tuvieron por acreditada la materialidad del suceso y la participación de los imputados Soplán y Chacón a partir del relato del damnificado, la declaración del policía que intervino en la detención de los primeros y un peritaje médico con su consecuente informe.

2. En detalle, los elementos analizados para arribar a la condena fueron los siguientes:

a. El relato de la víctima Gonzalo Evangelista.

b. Las declaraciones de los testigos Agustina Micaela Rivero (incorporada por lectura al debate, fs. 18) y Rocío Sol Zayas Ancewicz.

c. La declaración de los policías Miguel Ángel Veltens y Lucio Lionel Lavena.

d. La incorporación por lectura de: la declaración de Sivan Silverman (fs. 16), Nahuel Selim (fs. 17), Javier Mariano Márquez (fs. 61) y Nilda Romero (fs. 62), las actas de secuestro de fs. 7 y 60; las fotografías de fs. 34 / 36, 56 / 57, 63 y 89; el informe médico practicado por la División Medicina Legal sobre el damnificado Evangelista (fs. 92); los informes técnicos con relación a los objetos secuestrados (fs. 77 y 85) y la declaración de la Ayudante Gabriela Suárez (fs. 59 y 308).

Con apoyo en estas pruebas, el tribunal *a quo* afirmó:

e. El hecho estaba acreditado por la declaración prestada en el debate por la víctima, debido a su “...claro y contundente relato..., quien nos acercó una versión que resulta confiable en su totalidad pues no ofrece fisura alguna y además no se presenta solitaria sino acompañada y reforzada por otras pruebas de diversa naturaleza que fortalecen su consistencia...” (fs. 339). Se ponderó que recordó el lugar exacto donde fue abordado, la vestimenta que lucían los imputados, la función que cumplió cada uno de ellos en el hecho y cómo fue intimidado mediante el uso de una navaja sobre su cintura. Por último, se tuvo en cuenta que Evangelista durante la audiencia de debate y mediante videoconferencia -y ante el pedido de la defensa- reconoció a Soplán como uno de los individuos que lo *revisó* para quitarle sus pertenencias.

f. La versión de Evangelista se sostenía por lo dicho por las testigos Rivero y Ancewicz; la primera observó cómo aquél fue cercado contra una pared por dos sujetos que le sustrajeron algo; la segunda declaró que caminaba junto a Rivero por la vereda opuesta a Evangelista y vio cuando le quisieron robar, lo que determinó que ambas se dirigieran a un kiosco para pedir ayuda.

g. También se valoró la declaración del policía Veltens, que respaldaba lo dicho por la víctima, en tanto fue alertado por el propio Evangelista de los detalles del robo y la huida de los imputados, caminaron juntos algunas cuadras y lograron dar con ellos, oportunidad en la que el policía detuvo a Soplán y Chacón. A su vez, éstos tenían en su poder el teléfono celular y una cadena que pertenecían al damnificado.

h. En cuanto al elemento empleado por los imputados, se apreció que Evangelista afirmó que observó la parte del filo de la navaja, expresión que el *a quo* consideró verosímil "...por el brillo de esas hojas afiladas..." (fs. 340 vta.). Lo definitorio para tener por acreditado este aspecto fue que el damnificado dijo que sufrió un corte no profundo en su cintura, que Ancewicz dijo que aquél tenía un rasguño en esa misma zona y que Veltens indicó que el denunciante tenía una lesión menor. Todo esto fue corroborado por el informe de la División Medicina Legal que certificó una escoriación en el lado izquierdo de la cadera de Evangelista.

i. Estas mismas afirmaciones y argumentos sirvieron para descartar la versión de los imputados en cuanto a que el objeto intimidante habría sido una birome. En este aspecto, el tribunal afirmó que un elemento tal "...jamás pudo presentar una hoja brillante y afilada como la que reiteradamente dijo haber visto Evangelista, ni tampoco producir... una secuela lesiva como la verificada..." (fs. 340 vta.).

3. Según surge del resumen de los considerandos, la defensa de ambos imputados dirigió su crítica a la valoración de la prueba que hizo el tribunal *a quo*, pero sólo en lo que atañe a la utilización de un elemento cortante en el hecho. En este sentido, en el tramo final del juicio, ambos imputados reconocieron su intervención en el suceso aunque precisaron que actuaron solos y que utilizaron una birome para intimidar a Evangelista.

Para descartar el empleo de un elemento cortante, la defensa insistió en que la lesión constatada en Evangelista era incompatible con la mecánica de los hechos probados y sostuvo la explicación de sus asistidos sobre la utilización de una birome.

Pese a los esfuerzos de la defensa en este punto, lo cierto es que los argumentos expuestos no logran conmover la conclusión a la que arribó el tribunal *a quo*, quien como hemos visto, valoró las diversas pruebas (las declaraciones de Evangelista, Rivero y Ancewicz, sumado a los dichos del policía Veltens y el informe médico).

En este aspecto, cabe destacar que Ancewicz presencié el suceso, observó cómo Evangelista fue abordado y si bien no divisó el uso de una navaja producto de la escasa iluminación y que sufre miopía, fue categórica cuando afirmó que vio un rasguño en la cintura de aquél luego de terminado el hecho.

En igual sentido se pronunció Veltens, quien luego de proceder a la detención de los imputados, declaró que el denunciante tenía una lesión menor.

Si a ello le sumamos el relato de Evangelista, la valoración efectuada por los colegas de la instancia anterior sobre lo ocurrido resulta razonable y no exhibe errores ni quiebres lógicos. En este sentido, la reacción de Evangelista posterior al hecho, en nada empaña su declaración, pues nada hace pensar que indicó a Soplán y Chacón por un deseo de venganza. Tampoco puede pasarse por alto que el hallazgo de los bienes pertenecientes al damnificado en poder de los acusados, robustece la hipótesis construida en la sentencia y muestran que las indicaciones de Evangelista no fueron realizadas al azar o por rencor.

En cuanto al informe médico cuestionado, la escoriación que da cuenta el peritaje coincide con la ubicación a la que hicieron referencia la víctima y Ancewicz, aspecto que la defensa pasó por alto y ni siquiera evaluó en su recurso.

Sobre el modo de producción de la lesión, la parte recurrente mantuvo la hipótesis esgrimida por sus defendidos en torno a que la herida fue provocada por la utilización de una birome, argumento que no tiene respaldo en

prueba alguna. Ninguno de los testigos mencionó la presencia de una birome ni tampoco fue hallada en poder de los imputados.

Tal como sostuvimos en la causa “**Taborda**”¹, la contundencia de la hipótesis condenatoria no se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria. Por lo tanto, si la explicación del caso propuesta por la defensa no cuenta con ningún basamento fáctico ni en las pruebas colectadas, lo afirmado por el recurrente no deja de ser una mera conjetura que conduce al rechazo de su agravio en el punto. En tal sentido, la valoración efectuada por el tribunal *a quo* está fundada y correlacionada con diversos elementos de prueba y resulta ser más racional y plausible que la propuesta por la defensa, pues ésta no logró explicar por qué razones era más factible que la herida en la cintura de Evangelista se haya producido como consecuencia del empleo de una birome y no de una navaja.

4. Calificación jurídica del hecho

Según se resumió, la defensa planteó en segundo término una errónea aplicación de la ley sustantiva en tanto, a su entender, el tribunal *a quo* incurrió en un error al incluir a las “armas impropias” dentro de la calificación agravada del art. 166, inc. 2º, CP.

La utilización de una navaja, apta para producir heridas corto punzantes, como ocurre en el presente, ingresa dentro del concepto de arma blanca por lo cual, resulta innecesario referirse a la categoría de *arma impropia*, tal como se desarrolló en el precedente “**Cordero**”². Del mismo modo, en el caso “**Paulides**”³, se fijó posición con respecto al empleo de aquéllas, comprendidas dentro del concepto de *arma* del art. 166, inc. 2º, CP.

Por último, debe descartarse la aplicación del precedente “**Giancarelli**”⁴, tal como lo postuló la defensa en la audiencia oral pues difiere sustancialmente de lo aquí planteado. En aquel caso, se modificó la subsunción legal por cuanto la prueba reunida resultó insuficiente para tener por acreditada

¹ Sentencia del 26.06.15, registro n° 189 / 15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.

² Sentencia del 30.10.2015, registro n° 605 / 15, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse.

³ Sentencia del 19.10.2015, registro n° 567 / 15, Sala II, jueces Morin, Bruzzone y Sarrabayrouse.

⁴ Sentencia del 1.12.2015, registro n° 709 / 15, Sala II, jueces Morin, Bruzzone y Sarrabayrouse.

la utilización de un arma, es decir, que no se trató de la discusión de qué objetos denota ese concepto, sino de qué se había probado efectivamente.

5. Medición de la pena

En los autos “**Medina**”⁵ señalamos que la discusión en torno a la determinación judicial de la pena no ocupó un lugar relevante ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Pese a algunos trabajos pioneros en nuestro país, hoy continúa sin estar en el centro de las discusiones. Este aspecto de la sentencia asumió particular relevancia a partir del momento histórico en que las penas aplicables dejaron de ser fijas y pasaron a desenvolverse en escalas que exigen una determinación. De allí la necesidad de establecer la *cesura de juicio* como ámbito para discutir los criterios y las formas racionales para medir la reacción penal del Estado.⁶

En el caso, la defensa de los imputados, en su alegato durante el debate, solicitó que se le aplicara una pena sensiblemente menor por cuanto consideró que correspondía una calificación menos gravosa (robo simple tentado, artículos 45 y 164, CP).

Aún frente a este cuadro, se debatió sobre la pena a imponer, y las circunstancias valoradas por el tribunal *a quo* para medirla surgen de los distintos aspectos del hecho discutidos en el juicio oral.

6. Ahora bien, el tribunal de mérito consideró las siguientes agravantes: a) la intervención en el hecho de un grupo de personas mayor, aunque la tarea de actuar directamente contra el damnificado corrió por cuenta de los imputados; b) la lesión producida en la víctima, en tanto estaba dirigida a inhibir cualquier intento de resistencia y demostrar la disposición para atentar más gravemente contra su integridad física; c) el aprovechamiento de la nocturnidad para cometer el ilícito; y d) los antecedentes que registraban los imputados.

Sobre la pertinencia de los criterios utilizados en la sentencia, la defensa enderezó sus críticas contra las agravantes “a”, “c” y “d”.

⁵ Sentencia del 3.09.2015, registro n° 406 / 15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.

⁶ Cfr. Julio B. J. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 382.

En cuanto a las indicadas como “a” y “c” entendemos que ellas forman parte de la naturaleza de la acción, que no es un concepto abstracto, sino la manera concreta en que se ha ejecutado la acción típica, particular de cada hecho y reveladora de múltiples aspectos que pueden y deben ser valorados (ya sea como atenuante o agravante) al momento de medir en la pena la intensidad del reproche penal. En este sentido, no es lo mismo ser abordado por dos personas que por un número superior de individuos, que rodean la escena, aunque no tomen participación directa. En cuanto la nocturnidad, del mismo modo que se indicó en el precedente **“Fernández Galarza”**,⁷ el tribunal *a quo* señaló acertadamente que *“...es un dato que no puede soslayarse, aumenta la vulnerabilidad de la víctima y brinda mayor seguridad al atacante...”* (fs. 344). En efecto, aun cuando el lugar en el que se cometió el hecho resulta ser una zona urbana y transitada, ha quedado acreditada la escasa iluminación que favoreció el accionar de los imputados. Asimismo, el tribunal *a quo* en este aspecto rechazó considerar como una atenuante la presencia de vigilancia, pues Evangelista solo logró conseguir auxilio tras concurrir a un negocio y a una parada policial, ubicada a más de una cuadra del lugar del hecho (fs. 344 citada).

En cuanto a los antecedentes condenatorios registrados por Soplan y Chacón, la parte recurrente se limitó a cuestionar su consideración porque no se indicó su relevancia como atenuante o agravante, pero no indicó qué valoración pretendía ni tampoco explicó ni demostró la impertinencia de estos criterios.

En el caso de Soplán, y ya en el ámbito de sus condiciones personales, la sentencia sólo hizo referencia a una condena en suspenso del 2006, circunstancia que si bien importa un agravante, tal como fue receptado en la sentencia, la recurrente no ha demostrado ni arbitrariedad en el punto ni una errónea aplicación de la ley sustantiva, en tanto este aspecto ha sido considerado por el legislador en el art. 41, inc. 2º, CP (*“...los demás antecedentes y condiciones personales...”*). En el mismo punto, el tribunal *a quo* analizó ampliamente dos informes socio ambientales referidos a Soplán y tomó en cuenta para mensurar

⁷ Ver sentencia del 20.10.2015, registro n° 570 / 15, Sala II, jueces Bruzzzone, Sarabayrouse y Morin.

la pena sus antecedentes familiares, su situación económica, las situaciones conflictivas vividas, la falta de un trabajo bien remunerado y su repercusión en sus estudios. De esta manera, se observa también que se valoraron circunstancias atenuantes, en contra de lo sostenido por la defensa.

Con respecto a Chacón, se puso particular atención en que con respecto a la última condena que se le impuso, el imputado incumplió las pautas dispuestas en la sustitución de pena por trabajos comunitarios. La defensa, por su parte, no ha demostrado de qué modo este proceder viola la letra de la ley o resulta arbitrario. Tampoco ha desarrollado argumento alguno para justificar de qué manera o por cuáles razones la medición de la pena ha sido incorrectamente realizada. En este sentido, si se tienen en cuenta el mínimo y el máximo de la escala penal aplicable al caso (cinco a quince años de prisión), cabe concluir que la decisión del *a quo* también en este punto es razonable y debidamente fundada.

7. Planteo de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, art. 50, CP

Por último, la defensa planteó la inconstitucionalidad de la reincidencia en virtud de la violación de distintos principios (ver punto II.4 y fs. 372 vta. / 376 vta. y punto II, 4, de este voto)

La cuestión ya ha sido resuelta en los precedentes “**Giménez**”⁸, y “**Salto**”⁹, entre muchos otros, donde se dijo que la constitucionalidad de la reincidencia ha sido definida por la Corte Suprema a través de una jurisprudencia constante desde 1984. Razones de economía procesal aconsejan seguir este criterio, con independencia de nuestra opinión personal al respecto.

En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto a fs. 364 / 377 y confirmar la sentencia recurrida en todo aquello que fue materia de recurso, con costas (arts. 465, 468, 469, 470 *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

El juez Morin dijo:

1.- En primer término, comparto las consideraciones efectuadas por mi colega Sarrabayrouse en los puntos 1 a 3 de su voto, razón por la cual

⁸ Sentencia del 10.07.15, registro n° 238 / 15, Sala I, jueces García, Garrigós de Rébora y Sarrabayrouse.

⁹ Sentencia del 27.08.15, registro n° 374 / 15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.

entiendo que corresponde rechazar el agravio vinculado a la arbitrariedad en la valoración de la prueba denunciada por el recurrente.

2.- Asimismo, coincido con mi colega respecto a que el hecho que el tribunal tuvo por probado en la sentencia encuadra en la figura prevista en el art. 166, inc. 2º, primer párrafo, CP.

La utilización de una navaja en el robo no ha sido colocada en tela de juicio por la defensa, sino simplemente la calificación jurídico legal que el uso de tal elemento hacía aplicable al caso.

La parte sustentó su agravio en que, por tratarse de un arma impropia, los hechos no eran subsumibles en la agravante de uso de armas.

Sin perjuicio de mi criterio en cuanto a la inadecuación del concepto de arma impropia al principio de legalidad previsto en el art. 18, CN, entiendo que esta problemática, pese a la pretensión del recurrente, no concurre en el caso concreto.

Ello así, porque en el supuesto bajo análisis la presencia de esta agravante se funda en que el elemento utilizado reúne las características de un arma en sentido estricto, toda vez que la navaja es un arma blanca.

En efecto, tal como lo define el DRAE en su vigésima primera edición una *navaja* es un "cuchillo cuya hoja puede doblarse sobre el mango para que el filo quede guardado entre las dos cachas o en una hendedura a propósito".

En definitiva, posee punta, filo y la capacidad de causar heridas punzo cortantes o perforocortantes, es decir, reúne las características propias de un arma blanca.

Por lo demás, sostener que un elemento de esas características no se trata de este tipo de armas, implicaría lo mismo que afirmar que un cuchillo de tipo "tramontina" –similar en su conformación– tampoco lo sería, lo cual carece de razonabilidad.

En consecuencia, corresponde rechazar también este planteo introducido por el impugnante, ya que, como dije, la navaja utilizada para

perpetrar el ilícito encuadra en el concepto de “arma” al que alude el tipo penal aplicado en la sentencia.

3.- Por otra parte, en torno al planteo de inconstitucionalidad del art. 50, CP esgrimido por la parte, 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 PIDCyP¹⁰.

Por lo tanto, las objeciones introducidas por el impugnante ya han sido materia de análisis por 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.

Por ello, debe rechazarse también este agravio efectuado por el recurrente.

4.- Por último, al determinar el monto de pena a imponer a Aldo Javier Soplán y a Alberto Víctor Enrique Chacón, los jueces del *a quo*, señalaron que “es el ilícito culpable el criterio decisivo para determinar la pena, y las razones de prevención especial deben servir como correctivo, en el sentido de que la única culpabilidad que puede ser tomada como criterio de individualización es la de acto, rechazando la culpabilidad de autor por ser contraria a la constitución –art. 18 y 19 de la C.N.–”.

Asimismo, citaron el precedente “Maldonado”¹¹ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que “la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad

¹⁰ Cfr. los precedentes “Sarno” (causa n° 49.723/2013, rta. el 8/10/2015, reg. 535/2015), “Medina”¹⁰, n° 17733/2012, rta. el 3/9/2015, reg. 406/2015. y “García” (causa n° 19.979/2008, rta. el 18/9/15, reg. 471/2015).

¹¹ Cfr. CSJN “Maldonado, Daniel Enrique”, rta. 7/12/05.

se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia..... No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor”.

Luego, al valorar las pautas objetivas del art. 41, CP, sostuvieron que debía “considerar(se) la intervención de un grupo mayor, aunque la tarea de actuar directamente contra el damnificado corriera por cuenta de los imputados. Es claro que la lesión que se le provocó con el arma blanca fue destinada a inhibir cualquier intento de resistencia –que no la hubo en momento alguno– y demostrar la disposición a atentar más gravemente contra su integridad física, aunque ello no fue necesario pues prontamente consiguieron que Evangelista se desprendiera de sus efectos”.

Además, puntualizaron que “la nocturnidad es un dato que no puede soslayarse, aumenta la vulnerabilidad de la víctima y brinda mayor seguridad al atacante: recordemos que pese a sus problemas de visión Sayaz Ancewicz dijo que la iluminación no era buena, de modo que no quiebra la lógica concluir que se escogió ese lugar por dicha circunstancia. La existencia de vigilancia, también sostenida como atenuante (por la defensa), es argumento sin peso en el caso pues Evangelista sólo pudo lograr auxilio tras concurrir a un negocio y luego a una parada policial que, según el plano de fs. 10, se hallaba a cuadra y media del lugar del hecho y sin contacto visual hacia Cabrera y Gallo”.

Está claro que, a criterio del tribunal, ambos condenados merecieron el mismo reproche por el injusto cometido, ya que el *a quo* analizó este punto de un modo general, sin distinguir ni aludir a circunstancias que hicieran más reprochable la conducta de uno por sobre la del otro. Es decir, ambos merecieron la misma culpabilidad por el hecho.

Acto seguido, los magistrados analizaron las condiciones personales de cada uno de los condenados, de conformidad con lo dispuesto en el art. 41, CP.

Así, expresaron que “(e)n el plano personal, en lo concerniente a Aldo Javier Soplán, se cuenta con variada información. Amén de sus

expresiones en el debate al ser interrogado sobre el particular, en su legajo personal obran dos informes ambientales producto de entrevistas a su madre y al propio imputado. De todo ello surge que Soplán se ha criado en el seno de un núcleo familiar numeroso, con residencia en una casa amplia propiedad de su madre y ubicada en un barrio de viviendas humildes. La dinámica intrafamiliar no estuvo exenta de situaciones conflictivas producto del alcoholismo y carácter violento de su padre, ya fallecido. La situación económica del grupo ha sido ajustada y ello motivó que el imputado se dedicara a realizar changas no calificadas, con bajos ingresos, y en desmedro de su escolarización, plano en el que ha presentado dificultades que determinaron reiteradas repitencias y ausencia de estímulo para aumentar su aprendizaje”.

Mencionaron “la existencia de una condena anterior a pena de prisión en suspenso –seis meses– por delito contra la propiedad, que data de octubre de 2006” y concluyeron que “(e)n virtud de esos antecedentes, la restante información contenida en los mencionados informes ambientales y en función de las restantes pautas de los arts. 40 y 41 del Cód. Penal”, resultaba adecuada la imposición de una pena de cinco años y seis meses de prisión.

En lo que hace a las condiciones personales de Alberto Víctor Chacón, especificaron que éste “*comparte algunas contingencias vitales con su consorte de causa*. Proviene igualmente de un grupo familiar humilde, su instrucción es primaria y la ha abandonado por problemas económicos familiares; trabajó en oficios varios desde temprana edad. Según sus manifestaciones en el juicio, ha vivido en Villa Fiorito en una propiedad de su abuela, con un grupo numeroso integrado por cuatro familias. Tiene pareja que con sus dos hijos menores reside en esa vivienda y trabaja por hora en un negocio de quiniela. De una pareja anterior tiene otros dos hijos. En su unidad de detención trabaja en el taller de bolsitas y también estudia; es visitado varias veces al mes por su pareja. Padece epilepsia, de la que se trata en el medio libre en el Hospital Penna, y recibe la medicación necesaria.

Amén de las limitaciones que para su progreso personal han significado su instrucción básica y situación económica ajustada, han obrado en idéntico sentido las reiteradas privaciones de libertad sufridas como

consecuencia de su vinculación a hechos delictivos que le valieron múltiples condena[s](...). Ya se lo ha declarado reincidente en varias de esas condenas y la comisión del hecho aquí juzgado, verificado como está que ha cumplido pena como condenado por sentencia firme y que no ha transcurrido el plazo del art. 50 del Cód. Penal, impone una nueva declaración (...).”

Sobre esta base, le impusieron una pena de seis años de prisión.

El modo de argumentar del tribunal evidencia, a partir de la reseña efectuada, que, en el caso concreto, los magistrados establecieron el límite máximo fijado por la culpabilidad; y, a partir de allí, valoraron las condiciones personales de cada uno de los autores para, eventualmente, agravar el *quantum* punitivo fijado por aquél límite.

Esta conclusión se extrae de la forma en que argumentó el *a quo*: primero consideró los aspectos vinculados a la culpabilidad por el hecho endilgado a los autores –que fue determinado de modo general para ambos– y luego analizó las condiciones personales de cada uno de ellos, aclarando que éstos “compart(ían) algunas contingencias vitales”.

La única diferencia existente entre ambos condenados radica en la distinta situación de cada uno de ellos en lo relativo a sus antecedentes condenatorios: Chacón posee más antecedentes condenatorios que Soplán.

Sobre esta base, teniendo en cuenta que ambos merecieron la misma culpabilidad por el hecho y que, según lo expuso el *a quo*, compartieron “algunas contingencias vitales”, no puede más que concluirse que el aumento de pena que mereció Chacón respecto de Soplán obedeció a la existencia de esas múltiples condenas.

De lo expuesto, se desprende que si bien el tribunal inició su razonamiento apoyándose sobre los hombros de “Maldonado”, lo cierto es que, luego, no fue coherente con la premisa de la cual partió.

Ello así, porque dicho precedente es clarísimo en el sentido de que el límite máximo del monto de pena a imponer en el caso concreto estará dado por la culpabilidad del autor a raíz del injusto cometido.

En consecuencia, las cuestiones de prevención especial que, según dicha doctrina, pueden operar como “correctivo”, de ningún modo podrán superar el límite marcado por la culpabilidad del autor en el caso concreto¹².

Dicho de otro modo: la culpabilidad establece el límite máximo de pena a imponer en el caso concreto, y las cuestiones de prevención especial, eventualmente, servirán de base para disminuir dicho *quantum* punitivo.

Estos parámetros, claramente, no han sido seguidos en el caso bajo examen, pues si bien los jueces aludieron al precedente “Maldonado”, operaron aplicando un presupuesto inverso al que propusieron al citarlo, toda vez que tomaron el máximo fijado por la culpabilidad en el hecho concreto (cinco años y seis meses); y lo aumentaron en seis meses al imponerle la pena a Chacón, en virtud de sus antecedentes condenatorios.

En este contexto, la fundamentación del *a quo*, a la luz de la doctrina emanada del precedente “Maldonado” –que el propio tribunal citó– implica, además de la auto-contradicción de la sentencia, correlativamente, una errónea interpretación y aplicación de la ley sustantiva, en los términos del art. 456 inc. 1º, CPPN, conforme la pauta hermenéutica esbozada por la Corte Suprema no sólo en “Maldonado” sino también en el precedente “Gramajo”, en el cual se destacó que “la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo”¹³.

Por estas razones, corresponde hacer lugar a este agravio del recurrente, solo en lo relativo a la pena impuesta a Chacón; casar la sentencia impugnada en lo que a este punto se refiere, y condenar a Alberto Víctor

¹² Cfr. Ziffer, Patricia, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, 2º ed., Buenos Aires, 2013, p. 155/158. Esta autora propone valorar, bajo ciertas condiciones, la existencia de antecedentes condenatorios como atenuante.

¹³ CSJN, Fallos 329:3680.

Enrique Chacón a la pena de cinco años y seis meses de prisión, sin costas (art. 41, CP y arts. 456 inc. 1º, 465, 468, 469, 470, 530 y 531, CPPN).

El juez Horacio Días dijo:

Adhiero en un todo al voto del colega Sarrabayrouse, por compartir sus fundamentos.

Tal es mi voto.

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

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto a fs. 364 / 377 y **CONFIRMAR** la sentencia recurrida en todo aquello que fue materia de recurso, con costas (arts. 465, 468, 469, 470 *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; Lex 100), y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota.

Eugenio C. Sarrabayrouse

Daniel Morin

Horacio L. Días

Ante mí:

Paula Gorsd
Secretaria de Cámara

