



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 21930/2017/TO1/CNC1

Reg. n° 1390/2017

/// nos Aires, 29 de diciembre de 2017.

VISTOS:

Para resolver el recurso de casación interpuesto en la presente causa n° CCC 21930/2017/TO1/CNC1, caratulada “Díaz, Daniel Nicolás s/ robo en tentativa”.

RESULTA:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 19 condenó a Daniel Nicolás Díaz a la pena de un año de prisión y costas, por considerarlo autor de la tentativa del delito de robo, y lo declaró reincidente (arts. 29 inciso 3, 40, 41, 42, 44, 45, 50 y 164 del Código Penal y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación, v. fs. 136 y 141/152).

II. Contra esa sentencia interpuso recurso de casación la defensa (fs. 170/177), que fue concedido (fs. 178/179) y mantenido (fs. 184).

III. La Sala de Turno de esta Cámara otorgó al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 186).

IV. En el término de oficina, contemplado en los arts. 465, cuarto párrafo, y 466 del mismo Código, no se efectuaron presentaciones (fs. 188).

IV. Conforme a lo establecido en el art. 465 citado, quinto párrafo, se designó audiencia en esta instancia, a la que las partes no comparecieron (fs. 189, 190 y 192), no obstante lo cual la parte recurrente se presentó breves notas (fs. 191).

V. Tras la deliberación del tribunal, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Pablo Jantus dijo:



I. La defensa de Gastón Gabriel Acosta interpuso recurso de casación contra la sentencia enunciada precedentemente; encauzó sus agravios por vía del inciso 2° CPPN.

En primer lugar se agravio por arbitrariedad en la valoración de la prueba para tener por acreditada la participación de Díaz en el hecho, y argumentó que los elementos de convicción reunidos resultan insuficientes para conformar el grado de certeza requerido para arribar a una sentencia condenatoria y desvirtuar el estado de inocencia del nombrado, con lo que debió resolverse el caso recurriendo al principio contenido en el art. 3 CPPN.

En este sentido, refirió que el extremo del que se trata se construyó exclusivamente a partir del testimonio del oficial de policía Sebastián García, pero advirtió que éste se limitó a sostener que detuvo al imputado porque lo vio dentro del vehículo y, afuera, una caja que contenía luces, perfume, rociador, respiradores del plástico correspondientes a la ventilación y un cargador de teléfono celular.

Observó que esa prueba resulta insuficiente para desvirtuar el descargo del imputado que, a su vez, se vio corroborado en todo lo demás. En ese sentido, recordó que Díaz explicó que al ser detenido se encontraba alcoholizado, que carecía de su documento de identidad, que la ventanilla del automóvil estaba baja y que fue golpeado por el preventor. Afirmó que tales extremos fueron acreditados en el caso por cuanto se asentó en el procedimiento que aquél se hallaba indocumentado, mientras que el examen de alcoholemia arrojó como resultado la presencia de 1.26 g/l de alcohol en su sangre y el reconocimiento físico informó que presentaba una lesión contusa en la cabeza de menos de 24 horas de evolución; y la damnificada Ester Zapata, a su vez, señaló que había dejado el vidrio bajo –lo que se constató también con el informe pericial en el que se consignó que al ser inspeccionado presentaba la butaca del conductor y el panel de la puerta correspondiente mojados y con acumulación de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 21930/2017/TO1/CNC1

agua—.Controvirtió también la defensa el hecho de que el policía Gómez hubiera certificado la versión de su colega García, por cuanto aquél se limitó a verificar la detención y no observó cómo se habría producido. Concluyó, así, que los objetos pudieron haber sido extraídos del vehículo por cualquier otra persona.

En segundo término, la parte recurrente sostuvo que la sentencia también carece de fundamentación en lo que se refiere a la aplicación del tipo legal contenido en el art. 164 CP.

En este sentido, señaló que el Tribunal fundó la aplicación del delito agravado en la rotura que habría provocado Díaz de las rejillas de ventilación del rodado, para extraerlas de su sitio, y puso de relieve que en el informe correspondiente se asentó que las cerraduras de las puertas no presentaban daños, y que los demás elementos secuestrados se encontraban en buen estado. De tal forma, argumentó que aquellos objetos sólo fueron removidos de su lugar a presión, sin provocar ninguna rotura, con lo que la fuerza aplicada no excedió la que normalmente debe emplearse para su colocación o extracción.

Por último, se agravó por arbitrariedad en la mensuración de la pena sosteniendo que la discernida por el Tribunal no consulta los principios de proporcionalidad y culpabilidad, si se tiene en cuenta que considerar como circunstancia agravante el “constante desprecio al bien jurídico propiedad” que resulta de las condenas previas importa una doble valoración; mencionó también que las atenuantes consideradas en la sentencia no tuvieron adecuado correlato en el monto fijado, así como tampoco lo tuvo el escaso daño causado a raíz del hecho.

En definitiva, solicitó que se haga lugar al recurso de casación interpuesto, se case la sentencia recurrida y se absuelva al imputado; en forma subsidiaria, que se califique el hecho que el Tribunal tuvo por probado como constitutivo de la tentativa del delito de hurto (arts.



42 y 162 CP) y que se establezca el monto de la pena en el mínimo legalmente previsto.

II. Al momento de fallar el Tribunal tuvo por probado que el 11 de abril de 2017, aproximadamente a las 02.15 hs., Daniel Nicolás Díaz ingresó al automóvil marca Renault, modelo Clio, dominio DJF976, estacionado en Neuquén 776 de esta Ciudad, e intentó mediante la fuerza apoderarse ilegítimamente de las pertenencias que se encontraban en su interior.

III. Las cuestiones sobre la duda, la probabilidad y la certeza han preocupado a los estudiosos del derecho procesal penal durante siglos. Así, Pietro Ellero (*De la Certidumbre en los Juicios Criminales o Tratado de la Prueba en Materia Penal*, escrito en 1875, Editorial Librería “El Foro”, Bs. As., 1994, traducción de Adolfo Posada, p. 51) señala: “El asunto de esta investigación es sólo la certeza; pero la doctrina de la probabilidad hállase tan conexas con ella, que fácilmente puede deducirse. De hecho, un caso es probable en cuanto el ánimo propende más a tenerle como cierto que a desconocerle tal carácter. A medida que las dudas se aminoran, la probabilidad aumenta; una vez desvanecidas, la certeza surge”, sentando las bases para una correcta comprensión de estos conceptos en sus célebres “Cánones del Juicio”: “1) Para que una persona se reputa reo, es preciso la certeza de su delincuencia. 2) La certeza (que es subjetiva) es aquel estado del ánimo en virtud del cual se estima una cosa como indudable. 3) La verdad (que es objetiva) es la conformidad de la idea con la cosa. 4) El ánimo alcanza la certeza siempre que logra obtener los caracteres de veracidad, esto es conformidad con lo verdadero (...) 6) La existencia de un hecho se considera indudable cuando es necesaria. 7) La necesidad de un hecho resulta cuando no puede ser de otra manera. 8) La necesidad es de tres especies: metafísica, física e histórica; la primera es apodíctica; las dos últimas, hipotéticas; es decir aquélla lo es en un sentido propio;





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 21930/2017/TO1/CNC1

éstas, en un sentido impropio. 9) La necesidad metafísica se justifica en virtud de este axioma: un razonamiento, basado en principios incontrovertibles y llevado según las reglas de la lógica, debe ofrecer como resultados inferencias conformes a la verdad. 10) La necesidad física se justifica según este otro axioma: las manifestaciones del sentido interior y exterior deben corresponderse precisamente con los objetos de que se derivan. 11) La necesidad histórica se justifica según este tercer axioma: el hombre dice la verdad siempre que no tenga interés en mentir”.

A poco que se examine la opinión de los procesalistas modernos, se advertirá la notable actualidad de las enseñanzas de Ellero. En efecto, para Raúl Washington Abalos (*Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 1993, tomo I, p. 245): “la verdad para el Juez Penal, es la conformidad de la idea con el suceso histórico criminoso, cuando el suceso histórico criminoso ha sido comprobado por el Juez y se corrobora la correspondencia de la idea con la realidad...”, agregando que “La certeza es un estado espiritual respecto de la verdad, en donde el sujeto entiende que posee dicha verdad porque presta adhesión al juicio que considera verdadero, en razón de no tener dudas que se opongan a su afirmación” (ob. cit., p. 253). Para este autor, por otra parte, la duda “es aquel estado de conocimiento del juzgador, que respecto de una hipótesis a verificar, le permite inferir de igual manera la existencia o inexistencia de aquélla, o que por insuficiencia de material probatorio no puede rechazarla” (ob. cit. p. 258), destacando que el modo más claro de percibir la verdad es a través de la evidencia, que pertenece al objeto y consiste en la claridad con que se revela al conocimiento, “que se adhiere a la afirmación de lo que percibe como revelación y siente inmediatamente la adecuación del objeto al sujeto”.

En igual sentido, Jorge Clariá Olmedo (*Derecho Procesal Penal*, Marcos Lerner, Córdoba, 1984, tomo I, p. 234) refiere que: “La



firme creencia de estar en posesión de la verdad es el estado de certeza, de contenido simple e ingraduable, que implica desechar toda noción opuesta. Puede ser afirmativa o negativa en cuanto consista en la ocurrencia o en la no ocurrencia del hecho. En esos dos extremos, sin embargo, puede oscilar el espíritu mientras se mantiene el grado de incertidumbre. Esta ha de mostrar infinitos grados que se aproximan o alejan de la afirmación o negación, y cuyo término medio representará el estado típico de duda: igualdad de motivos para afirmar y para negar, todos dignos de ser tenidos en cuenta. Cuando predominan los motivos que nos conducen a afirmar pero sin poder desechar los opuestos, el estado será de probabilidad: algo más que duda y menos que certeza. Lo contrario es el estado de improbabilidad. El principio in dubio pro reo sólo excluye la certeza sobre la culpabilidad; capta la duda y la probabilidad” (en el mismo sentido: José I. Cafferata Nores, *La prueba en el Proceso Penal*, Depalma, Bs. As., 1986, p. 9 y ss. y Julio B. Maier, *Derecho Procesal Penal Argentino*, Hammurabi, Bs. As., 1989, tomo I-B, p. 257 y ss.).

Es preciso recordar, asimismo, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Casal, Matías Eugenio”, del 20 de septiembre de 2005, aludió al método que debe adoptarse para la reconstrucción histórica de un suceso, en el marco de un proceso penal. Señaló el Alto Tribunal que: “30) Que aunque a esta tarea no se la desarrolle siguiendo expresamente cada paso metodológico, el método para la reconstrucción de un hecho del pasado no puede ser otro que el que emplea la ciencia que se especializa en esa materia, o sea, la historia. Poco importa que los hechos del proceso penal no tengan carácter histórico desde el punto de vista de este saber, consideración que no deja de ser una elección un tanto libre de los cultores de este campo del conocimiento. En cualquier caso se trata de la indagación acerca de un hecho del pasado y el método –camino– para ello es análogo. Los metodólogos de la historia suelen dividir





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 21930/2017/TO1/CNC1

este camino en los siguientes cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis. Tomando como ejemplar en esta materia el manual quizá más tradicional, que sería la Introducción al Estudio de la Historia, del profesor austríaco Wilhelm Bauer (la obra es de 1921, traducida y publicada en castellano en Barcelona en 1957), vemos que por heurística entiende el conocimiento general de las fuentes, o sea, qué fuentes son admisibles para probar el hecho. Por crítica externa comprende lo referente a la autenticidad misma de las fuentes. La crítica interna la refiere a su credibilidad, o sea, a determinar si son creíbles sus contenidos. Por último, la síntesis es la conclusión de los pasos anteriores, o sea, si se verifica o no la hipótesis respecto del hecho pasado”.

“Es bastante claro el paralelo con la tarea que incumbe al juez en el proceso penal: hay pruebas admisibles e inadmisibles, conducentes e inconducentes, etc., y está obligado a tomar en cuenta todas las pruebas admisibles y conducentes y aun a proveer al acusado de la posibilidad de que aporte más pruebas que reúnan esas condiciones e incluso a proveerlas de oficio en su favor. La heurística procesal penal está minuciosamente reglada. A la crítica externa está obligado no sólo por las reglas del método, sino incluso porque las conclusiones acerca de la inautenticidad con frecuencia configuran conductas típicas penalmente conminadas. La crítica interna se impone para alcanzar la síntesis, la comparación entre las diferentes pruebas, la evaluación de las condiciones de cada proveedor de prueba respecto de su posibilidad de conocer, su interés en la causa, su compromiso con el acusado o el ofendido, etc. La síntesis ofrece al historiador un campo más amplio que al juez, porque el primero puede admitir diversas hipótesis, o sea, que la asignación de valor a una u otra puede en ocasiones ser opinable o poco asertiva. En el caso del juez penal, cuando se producen estas situaciones, debe aplicar a



las conclusiones o síntesis el beneficio de la duda. El juez penal, por ende, en función de la regla de la sana crítica funcionando en armonía con otros dispositivos del propio código procesal y de las garantías procesales y penales establecidas en la Constitución, dispone de menor libertad para la aplicación del método histórico en la reconstrucción del hecho pasado, pero no por ello deja de aplicar ese método, sino que lo hace condicionado por la precisión de las reglas impuesta normativamente”.

Luigi Ferrajoli (*Derecho y Razón*, Trotta, España, 1998, p. 105 y ss.) enuncia con absoluta claridad, de las dos alternativas en las que puede transitar el Derecho Penal, con relación al concepto de certeza. Señala este autor que "La certeza perseguida por el derecho penal máximo está en que ningún culpable resulte impune, a costa de la incertidumbre de que también algún inocente resulte castigado. La certeza perseguida por el derecho penal mínimo está, al contrario, en que ningún inocente sea castigado, a costa de la incertidumbre de que también algún culpable pueda resultar impune (...) La certeza de derecho penal mínimo de que ningún inocente sea castigado, viene garantizada por el principio *in dubio pro reo*". Añade que a este último modelo, corresponde "no sólo el máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de racionalidad y de certeza (...) Un derecho penal es racional y cierto en la medida en que sus intervenciones son previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos (...) Y una norma de clausura del modelo de derecho penal mínimo informada por la certeza y la razón es el criterio del «favor rei», que no sólo permite sino que exige intervenciones potestativas y valorativas de exclusión o de atenuación de la responsabilidad cada vez que subsiste incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena. A este criterio son referibles instituciones como la presunción de inocencia del imputado hasta la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 21930/2017/TO1/CNC1

sentencia definitiva, la carga de la prueba a cargo de la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la absolución en caso de incertidumbre sobre la verdad fáctica y, por otro lado, la analogía *in bonam partem*, la interpretación restrictiva de los supuestos típicos penales y la extensiva de las circunstancias eximentes o atenuantes en caso de dudas sobre la verdad jurídica".

Como puede observarse, no resultan extraños a nuestras pautas constitucionales los postulados axiológicos que el autor citado consigna como integrantes del derecho penal mínimo, constituyendo el concepto de certeza uno de los elementos liminares de la actividad cognoscitiva en el proceso penal.

Luego, con relación a la prueba testifical, es útil reseñar, con Cafferata Nores, que "la amplia capacidad testimonial aceptada por el Código Procesal Penal (art. 241) sólo se concibe frente a la correspondiente contrapartida de una valoración rigurosa. Sobre todo, desde que se pudo verificar que además de la mendacidad deliberada, también los «testimonios de personas insospechables, que narran con plena buena fe y con el propósito honesto de decir la verdad», pueden estar plagados de errores. Frente a la comprobada fragilidad de la prueba por testigos (...) la tarea valorativa deviene de imperiosa necesidad" (ob. cit. p. 119).

Desde antiguo, los autores han reconocido la falibilidad de la prueba testimonial y, con más razón, cuando la pretensión punitiva se sostiene en las manifestaciones de una sola persona. Así, Francois Gorphe (*La apreciación judicial de las pruebas*, La Ley, Bs. As., 1967, p. 38) indica que "En materia testimonial, de la antigua exclusión del testigo único, *testis unus testis nullus*, regla de desconfianza, no puede subsistir sino un mero consejo de prudencia cuando se está en presencia de un testimonio aislado".

De modo más tajante, Pietro Ellero (ob. cit., p. 149 y ss.), admite la posibilidad de que se valore, para fundar un juicio de



reproche, el testimonio de una sola persona, criticando el sistema de pruebas legales que requería, al menos, los dichos contestes de dos testigos para reputar adquirida plena prueba. Sin embargo, este autor indica que: “No ha de olvidarse (...) que con una sola especie de prueba no es posible probar todo el delito en sus elementos morales y materiales, subjetivos (cuando menos es preciso auxiliarse con algunas presunciones), siendo imposible, claro es, que un solo testigo lo pruebe, con lo cual desaparece todo temor por los peligros que puede correr la inocencia. Realmente, es preciso reconocer que, aun cuando el testigo hubiera presenciado toda la material perpetración del delito, sin presunciones y sin indicios, no constará demostrado dicho delito (...) Un solo testigo irrecusable que espontánea e inmediatamente alcanzase todas las circunstancias morales y materiales, subjetivas y objetivas, relativas al crimen (lo cual no será posible casi nunca más que para el reo), ofrecería, sí, la prueba perfecta. Pero se debe recordar a este propósito que, fuera de las presunciones, hay que añadir la contraprueba de la prueba, esto es, la prueba externa de la intachabilidad o irrecusabilidad; en rigor, es poco menos que imposible imaginar siquiera eso de que un solo testigo (aun tratándose de la confesión) baste para demostrar un crimen”.

En este marco, debe entonces reafirmarse que, en nuestro sistema de valoración de pruebas, no rige la regla del procedimiento del *testis unus, testis nullus* dado que la convicción no se funda en elementos de convicción tasados, con un valor previamente establecido legalmente, sino por la sana crítica. En virtud de ella, no existen presunciones de parcialidad para prestar testimonio –como las que preveía el viejo art. 276 del Código de Procedimientos en Materia Penal– y, paralelamente, es obligación del juez ponderar el valor de cada exposición juramentada conforme a las reglas de la psicología, la experiencia y la lógica. En otras palabras, los testimonios no se cuentan, en este sistema, sino que se valoran.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 21930/2017/TO1/CNC1

IV. De acuerdo a ello, a mi modo de ver, no puede sostenerse que existe en el caso certeza apodíctica acerca de la participación de Díaz en este hecho cuando esa conclusión sólo pende de la confianza que al juzgador le hayan merecido los dichos de una sola persona –el preventor en este supuesto– sin que exista algún otro elemento de prueba, algún indicio, que permita corroborar esas manifestaciones; sobre todo cuando, como afirmó la defensa, el descargo del acusado se ha visto confirmado en varios aspectos por la prueba rendida en el debate y García admitió que conocía al encausado.

De lo contrario la conclusión de la sentencia no estará dada por un trabajo intelectual que permita a cualquier persona, siguiendo los razonamientos del juez, arribar a la misma conclusión; sino que dogmáticamente deberá aceptar que la certeza está sostenida por la capacidad del juzgador para distinguir entre quien dice algo cierto del que miente o se equivoca. Dicho de otro modo, la prueba testimonial no tiene la certeza que la ciencia asigna, por caso, a los estudios de ADN, en los que las conclusiones, pueden aseverarse con un noventa y nueve por ciento de certeza. La prueba testimonial siempre depende de múltiples factores y el relato que se vuelca habitualmente está teñido de circunstancias propias del que depone.

Además de lo expuesto, desde mi punto de vista la acusación que se apoya en las manifestaciones de una sola persona vulnera severamente el derecho de defensa, puesto que resulta casi imposible a esa parte discutir la veracidad o no de los dichos aquella. ¿Cómo controvertir a alguien que dice que hice algo que no hice?; sólo diciendo que no es cierto y manteniendo esa posición. No existe modo de defenderse si toda la prueba de cargo está conformada con las manifestaciones de una sola persona, puesto que la tarea quedará limitada a lo que el tercero imparcial, el juez, crea o no de esas exposiciones.



En este caso, como se mencionó, el juez fundó el aspecto del que se trata sólo en la versión del preventor, que explicó que detuvo a Díaz cuando observó ruidos provenientes del automotor y, al dirigirse allí, vio varios de sus componentes y elementos cayendo sobre la vereda y al nombrado dentro; y que al disponerse a detenerlo éste se puso agresivo y debió forcejear.

La relación que se formuló luego de esa prueba con otra es sólo aparente, en la medida en la que se recurrió a la declaración del oficial de policía Carlos F. Gómez –cuando lo cierto es que éste se limitó a manifestar que acudió al lugar en apoyo del anterior y que el imputado había sido detenido cuando arribó– y a la de Antonia Ester Zapata –cuyas manifestaciones aludieron solamente al estado del rodado (afirmó que al dejarlo estacionado olvidó la ventanilla baja) y de los elementos objeto de delito–. En suma, ningún dato relevante aportaron estos otros dos testigos acerca de la intervención de Díaz en el presunto robo.

Como puede apreciarse, aunque se han citado en el fallo varios elementos de convicción para sostener la participación del imputado en el hecho, la vinculación de Díaz surge únicamente del señalamiento efectuado por el policía García, que se erige en verdad como la única prueba para fundar la condena.

No se trata, como señaló el Tribunal, de predicar mediante un cliché que no existen razones para dudar de la veracidad de los dichos del oficial mencionado, sino de ponderar otros elementos que lo respalden y lo corroboren; sobre todo en este caso, en el que aquél reconoció conocer a Díaz de la zona y distintos aspectos de su descargo se confirmaron: que estaba alcoholizado e indocumentado y que el rodado estaba abierto.

En suma, no es posible sostener que el fallo cumpla con el deber de motivación cuando se cuenta con una sola fuente cuyo valor





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 21930/2017/TO1/CNC1

inriminatorio está limitado a lo que el juez creyó subjetivamente, sin que sea posible un control por parte de la defensa.

Como bien refiere Gustavo Herbel (*Derecho del imputado a revisar su condena*, Hammurabi, Bs. As., 2013, p. 451) un fallo condenatorio tiene que cumplir con la “lógica de la certeza” que tiene las siguientes reglas: “1. La hipótesis inriminatoria necesita pluralidad de confirmaciones; una sola fuente es insuficiente para afirmar con certeza (...) 2. Debe resistir toda contraprueba; una sola prueba eficaz contraria al sostenimiento de la hipótesis acusatoria desacredita a ésta como base para una condena. 3. Para confirmar una acusación hay que desvirtuar todas las hipótesis alternativas consistentes: si alguna de las hipótesis exculporias fuera plausible, deberá absolverse; si todas fueran inriminatorias, corresponde estar a la más favorable. 4. En todas estas configuraciones hipotéticas debe considerarse que, a más inferencias menor probabilidad, y a mayor distancia entre los hechos probatorios y el *thema probando* deben realizarse más inferencias y, por lo tanto, habrá un menor contenido empírico en la afirmación”.

En estas condiciones voto por hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas en esta instancia, casar la sentencia recurrida y absolver a Daniel Nicolás Díaz en orden al hecho por el que fue condenado, en la medida en que los elementos de convicción reunidos no resultaron suficientes para sostener que los hechos sólo pudieron ocurrir de una manera y no de otra. O, dicho de otro modo, porque la prueba reunida no ha sido contundente para desmoronar el estado de inocencia del imputado (art. 18 de la Constitución Nacional y arts. 3, 456, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). Debe, además, ordenarse su inmediata libertad en este proceso, la que deberá hacer efectiva el tribunal de juicio.



V. No obstante la decisión a la que arribo, vencido durante la deliberación en punto a la cuestión abordada en el punto anterior, he de adherir en lo pertinente al voto del juez Huarte Petite en punto al monto de pena a imponer a Daniel Nicolás Díaz como autor de la tentativa del delito de hurto (arts. 40, 41, 42 y 162 CP), por los fundamentos que expone el colega.

En el mismo orden, con relación a la declaración de reincidencia del condena –aspecto sobre el que me expediré por las razones mencionadas en el párrafo anterior– he de señalar que no corresponde ser aplicada al caso, conforme la interpretación que sostengo acerca de la previsión legal de la que se trata, en cuanto al recaudo temporal para la procedencia del instituto.

En diversos precedentes de esta Cámara (ver, por todos, CCC 14999/2013/TO1/CNC3, “Ullua, Leandro Sebastian, Escobar, Jonathan Ricardo y Guantay, Dario Alberto”, Rta. 12/8/16, Reg. n° 605/2016, a cuyos fundamentos *in extenso* me remito), sostuve que la decisión acerca del alcance y significado del tiempo de cumplimiento de una pena anterior que requiere el art. 50 CP debe fundarse en la interpretación armónica de esa norma y del régimen de ejecución de la pena (Ley n° 24.660), lo que sólo puede conducir a la conclusión de que, para ser reincidente, es necesario haber cumplido al menos la mitad de la condena anterior y haber sido sometido al sistema de progresividad que prevé la citada ley.

Creo que dicha norma ha dado sustento legal a la tesis en cuestión, modificó sustancialmente el panorama que se consideró al resolver el caso “Guzmán” (Cámara Nacional de Apelaciones del fuero en pleno, Rto. 8/8/89, LL 1989-E, p. 65 —ver en particular voto de los jueces Elbert, Tozzini y Ouviaña—), y permite sostener esa interpretación como la más equitativa.

Ello es así en tanto relaciona adecuadamente las pautas a considerar: la aplicación del art. 50 CP requiere que el imputado haya





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 21930/2017/TO1/CNC1

sido sometido previamente a un régimen progresivo que procure su reinserción social, puesto que conforme la interpretación del instituto formulada en el punto anterior, la declaración de reincidencia se hace efectiva ante el incumplimiento de las expectativas derivadas de ese proceso que el Estado debe haberle brindado —más allá de su avance o efectividad, que depende del comportamiento del imputado— y que establece, para las penas temporales, la mitad de la condena para acceder al primer beneficio (art. 15 Ley n° 24.660).

Ahora bien, para declarar reincidente a Díaz el Tribunal consideró que éste cumplió pena como condenado en el marco de la causa 4152 del Tribunal n° 28 del fuero (del legajo de personalidad surge que con fecha 11 de noviembre de 2013 se le impuso en esas actuaciones la sanción de seis meses de prisión y declaración de reincidencia, que venció el 5 de enero de 2014).

Pues bien, más allá de que el Tribunal no formuló ninguna argumentación al respecto, los parámetros mencionados precedentemente no pueden verse satisfechos en modo alguno como consecuencia de la ejecución de la pena anterior y por ello voto por dejar sin efecto la declaración de reincidencia del condenado.

El juez Mario Magariños dijo:

-I-

Contra la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 19 de esta ciudad, por la que se condenó al señor Daniel Nicolás Díaz a la pena de un año de prisión y se lo declaró reincidente, la defensa técnica del nombrado interpuso recurso de casación.

El recurrente se agravió, en primer lugar, de la valoración de la prueba efectuada por el *a quo* para tener por acreditada la materialidad del hecho y la consecuente responsabilidad del señor Díaz en el suceso. En este sentido, la defensa criticó que, en el marco de la prueba producida, y ante lo que definió como una contraposición



entre dos versiones de los hechos, la de su defendido y la del oficial de policía que lo detuvo, el tribunal de juicio se haya inclinado por este último relato.

En particular, señaló que la versión del efectivo policial se encontraría teñida por un interés, en tanto debe justificar la legitimidad de su accionar, y por lo tanto, no podría resultar el fundamento de la sentencia condenatoria.

Subsidiariamente, el recurrente alegó arbitrariedad en punto a la acreditación de la fuerza en las cosas exigida por la figura de robo (conf. art. 164 del Código Penal). En esta dirección, sostuvo que de las pericias efectuadas en el proceso surgía que las rejillas de ventilación se encontraban en buen estado de conservación, objetos a partir de cuya rotura basó el magistrado la aplicación de la norma calificante del hurto.

Por último, el recurrente cuestionó la individualización de la pena efectuada por el juez del juicio, pues entendió que resultaba desproporcionada en relación con las pautas normativas para su determinación.

Específicamente, se agravió la defensa pues el tribunal habría incurrido en una doble valoración al considerar las condenas anteriores que registraba por delitos contra el mismo bien jurídico, lo que, al mismo tiempo, se presentaba como contradictorio con el hecho de que se hubieran ponderado como atenuantes circunstancias personales vinculadas a sus dificultades socioeconómicas y a la falta de contención familiar.

-II-

El tribunal *a quo* tuvo por probado que el día el 11 de abril de 2017, aproximadamente a las 02.15 hs., Daniel Nicolás Díaz ingresó al automóvil marca Renault, modelo Clio, dominio DJF976, estacionado en Neuquén 776 de esta Ciudad, e intentó, mediante





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 21930/2017/TO1/CNC1

fuerza en las cosas, apoderarse ilegítimamente de las pertenencias que se encontraban en su interior.

Para arribar a esa conclusión, el juez del juicio tomó en cuenta, en primer término, el relato del Oficial Ayudante de la Policía de la Ciudad, Sebastián García, en tanto refirió que aquel día se encontraba cumpliendo funciones en la intersección de las calles Neuquén y Rojas de esta ciudad, cuando escuchó el ruido de objetos que eran arrojados al suelo, por lo que se desplazó unos cincuenta metros del lugar donde se encontraba, y observó a un sujeto en el interior de un automóvil –luego identificado como Daniel Nicolás Díaz- y distintos elementos provenientes del vehículo tirados en la vereda.

A su vez, valoró que el testigo expuso que, a continuación, le ordenó a la persona que egresara del automóvil, ante lo cual aquel opuso resistencia, se volvió agresivo y, recién luego de un forcejeo, logró colocarle las esposas y solicitar apoyo. Finalmente, consideró el sentenciante que el oficial García refirió que, ante la presencia de testigos, formalizó la detención del imputado y procedió al secuestro de una alfombra, una caja que contenía luces, un perfume, un rociador, los respiradores de plástico correspondientes a la ventilación del vehículo y un cargador de teléfono celular.

De seguido, el magistrado de la anterior instancia ponderó el testimonio del oficial mayor de la Policía de la Ciudad, Facundo Gómez, quien relató que, luego de que la fuera requerido su desplazamiento por un compañero que solicitaba apoyo, se presentó en el lugar del hecho y encontró al oficial García, quien le relató que tenía a una persona demorada, al tiempo que pudo ver una serie de elementos en la vereda junto al vehículo.

En igual sentido, consideró la declaración de la damnificada Antonia Ester Zapata, quien indicó que, el día anterior a la aprehensión de Díaz, en horas de la noche, estacionó su automóvil en



el lugar del suceso y que cree que dejó una de sus ventanillas abierta. Valoró el juez del juicio que la testigo refirió que, al enterarse de lo acontecido, advirtió que del interior del vehículo le fueron sustraídos ciertos elementos, tales como una tuerca de seguridad y las rejillas de ventilación, y que éstas últimas se encontraban rotas.

Asimismo, se ponderaron, centralmente, las actas de detención y de secuestro, obrantes a fs. 6 y 7 respectivamente, las fotografías de fs. 20/23 y 27, y los informes periciales de fs. 55vta. y 56vta.

Sobre este marco, es dable señalar que el magistrado efectuó una reconstrucción fáctica del suceso imputado parcialmente respetuosa de los límites normativos impuestos a aquella tarea, de conformidad con las pautas de valoración probatoria derivadas de la regla fundamental que consagra al estado jurídico de inocencia y de la regla legal que establece la sana crítica racional, lo cual permite sostener, luego de una revisión de carácter amplio de la condena, en función de lo dispuesto en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y definida conforme los parámetros fijados por este tribunal en los precedentes “Cajal” -reg. n° 351/2015, sentencia del 14 de agosto de 2015- y “Meglioli” -reg. n° 911/2016, sentencia del 14 de noviembre de 2016- (ver los votos del juez Magariños) que, en el caso bajo análisis, el juez del juicio ha arribado a una decisión respetuosa de los límites definidos por aquellos principios normativos propios de la tarea de reconstrucción del hecho objeto de condena, al concluir que el señor Díaz intentó apoderarse de elementos que se encontraban dentro del vehículo Renault, modelo Clio, dominio DJF976, por lo que corresponde confirmar ese aspecto de la decisión recurrida.

En efecto, en primer término, corresponde destacar que no pueden progresar las críticas efectuadas por la defensa para cuestionar





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 21930/2017/TO1/CNC1

la acreditación del intento del señor Díaz de apoderarse de aquellos elementos ubicados en el interior del vehículo arriba mencionado.

En esta dirección, por un lado, tal como señaló el juez del juicio, el escaso lapso comprendido entre que el oficial García escuchara el ruido de objetos que caían al piso y que se apersonara en el lugar, torna absolutamente irrazonable comprender, como propone la defensa, que una tercera persona hubiese podido ingresar al automóvil, apoderarse de los objetos, arrojarlos a la vereda, retirarse del lugar sin ser visto y que, recién luego el señor Díaz ingresare al automóvil.

Asimismo, respecto de la alegación de la defensa, relativa a que el oficial García tendría un interés particular en el resultado del proceso, conviene resaltar que ningún elemento de prueba incorporado al debate oral y público, permite sustentar dicha afirmación con algún grado de corroboración, pues la mención relativa al conocimiento previo que el efectivo policial pudiera tener del señor Díaz, no permite explicar, por sí sola, de qué modo ello afectaría la credibilidad del testimonio del agente García.

Por último, la defensa no toma a su cargo explicar qué influencia tendría en la reconstrucción fáctica realizada por el juez del juicio, que determinados aspectos de la versión de descargo del imputado encontraran sustento en la prueba producida, como su estado de intoxicación etílica o la referencia a que la ventanilla del auto se encontraba baja –aspectos, por lo demás, no controvertidos en el caso-, lo que demuestra, en definitiva, la insustancialidad de esa circunstancia para la resolución del caso.

De este modo, corresponde confirmar este aspecto de la decisión recurrida.

Sin embargo, lleva razón el recurrente al señalar que no puede arribarse a idéntica conclusión respecto del ejercicio de fuerza sobre las cosas, que habría sido aplicado por el acusado durante el intento de



apoderamiento. Ello pues, es dable advertir que la afirmación efectuada por el magistrado de la anterior instancia, relativa a que el señor Díaz habría aplicado fuerza en las rejillas de ventilación del vehículo para apoderarse de ellas, no puede predicarse con la certeza necesaria para todo pronunciamiento condenatorio.

En tal sentido, corresponde destacar que el juez del juicio tuvo en consideración, para tener por acreditado este aspecto fáctico, que la damnificada Zapata afirmó que las rejillas de ventilación que le fueron devueltas se encontraban rotas. Sin embargo, tal como con acierto señala el recurrente, los informes periciales realizados respecto de los elementos secuestrados, incorporados por lectura al debate oral y público, concluyeron que aquellas se encontraban en buen estado de conservación.

A su vez, las fotografías de fs. 20/23 y 27 no permiten extraer ninguna conclusión vinculada al estado en el que se encontraban las rejillas al momento de ser halladas por el preventor que procedió a la detención del señor Díaz, quien tampoco efectuó ninguna referencia relativa a las condiciones en que fueron hallados.

En consecuencia, se advierte, por un lado, que el elemento probatorio que sustenta, en soledad, este aspecto de la sentencia impugnada, carece de precisión en punto al modo en el cual se encontrarían dañadas las rejillas de ventilación sustraídas, y a su vez, y en especial, que ese extremo se presenta en abierta contradicción con los informes periciales realizados respecto de los objetos en cuestión.

En síntesis, este cuadro probatorio no resulta suficiente para arribar, con base en parámetros objetivos, a la certeza normativa exigida, sobre el ejercicio de “fuerza en las cosas” que la figura de robo reclama, y este aspecto no mereció ninguna reflexión valorativa por parte del juez del juicio, a pesar de la evidente contradicción señalada en el último párrafo, por lo cual, no resulta posible superar la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 21930/2017/TO1/CNC1

hesitación acerca del efectivo uso de fuerza sobre las rejillas de ventilación del automotor.

En consecuencia, la valoración probatoria se presenta en este punto, alejada de los cánones normativos impuestos a la fundamentación de toda decisión de imposición de condena a un habitante de la Nación, razón por la cual corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, excluir la aplicación al caso de la calificante prevista en el artículo 164 del Código Penal, y en consecuencia, calificar al suceso como tentativa de hurto (conf. artículos 42 y 162 del Código Penal); sin costas (conf. artículo 18 de la Constitución Nacional y artículos 3, 398, segundo párrafo, 470 cit., 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Por esta razón, se deberán remitir las actuaciones a fin de que, mediante el correspondiente sorteo, se asigne el asunto a otro tribunal oral que determine el monto de pena a imponer al señor Daniel Nicolás Díaz, conforme la escala legal aplicable al caso, por lo que deviene inoficioso ingresar al tratamiento de los agravios de la defensa dirigidos a cuestionar el monto punitivo fijado por el *a quo* en la sentencia impugnada.

-III-

Por último, en el punto dispositivo V de la sentencia impugnada, se declaró reincidente al señor Daniel Nicolás Díaz.

Sobre esa base, en razón de las consideraciones formuladas en el precedente “Obredor” -registro n° 312/2015, resolución del 4 de agosto de 2015- (ver el voto del juez Magariños), a las que cabe remitirse aquí en honor a la brevedad, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, toda vez que, por los motivos allí expuestos, esa regla legal establece una distinción ilegítima, en tanto carece de una fundamentación razonable para su formulación.



Por esa razón, se debe casar la decisión recurrida en este punto, declarar la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, en tanto esa norma legal contradice lo dispuesto en los artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional y, en consecuencia, dejar sin efecto el punto V de la sentencia impugnada (artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

-IV-

En definitiva, corresponde:

I) HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia impugnada y, en consecuencia, excluir la aplicación al caso de la calificante prevista en el artículo 164 del Código Penal (artículo 18 de la Constitución Nacional y artículos 3, 398, segundo párrafo, y 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

II) CASAR PARCIALMENTE la decisión recurrida y **DEJAR SIN EFECTO** el punto dispositivo II de la sentencia impugnada en tanto declaró reincidente al señor Díaz (artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional, y artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

III) RECHAZAR, en lo restante, el recurso de casación interpuesto por la defensa del señor Daniel Nicolás Díaz, sin costas (artículo 471 *a contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

IV) En razón de lo resuelto en el punto dispositivo **I** de la presente decisión, se deberán remitir las actuaciones a fin de que, mediante el correspondiente sorteo, se asigne el asunto a otro tribunal oral que determine el monto de pena a imponer al señor Daniel Nicolás Díaz, conforme la escala legal aplicable al caso, por lo que deviene inoficioso ingresar al tratamiento de los agravios de la defensa dirigidos a cuestionar el monto punitivo fijado por el *a quo* en la sentencia impugnada.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 21930/2017/TO1/CNC1

Todo se resuelve sin costas (artículos 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Alberto Huarte Petite dijo:

I. Adhiero al voto del colega Magariños en cuanto a la valoración de la prueba considerada en el caso y la consecuente modificación de calificación como hurto en grado de tentativa (arts. 42 y 162, CP).

II. Ahora bien, la nueva escala legal implica también la imposición de un nuevo monto de pena para Díaz.

En esos términos y de acuerdo al marco ofrecido por los arts. 40 y 41, CP, comparto las atenuantes ponderadas por la sentencia en relación con las dificultades socioeconómicas y la ausencia de contención familiar que evidenciaron los informes socioambiental de fs. 75/76 y 18 del legajo para la personalidad.

Asimismo, respecto de las agravantes, sólo es posible extraer de relevancia la nocturnidad en la consideración de la naturaleza de la acción como elemento de trascendencia a ponderar (art. 41, inciso 1º, Código Penal), lo que revela una mayor intensidad del reproche penal a determinar.

Consecuentemente, entiendo razonable la fijación de un monto punitivo en cuatro (4) meses de prisión para Daniel Nicolás Díaz, que atento al tiempo que acarrea en detención, conlleva a tener por cumplida la condena dictada.

III. Por último y sin perjuicio de que oportunamente me pronuncié por la constitucionalidad del artículo 50 del Código Penal en diversos fallos de este colegio, habida cuenta que he propuesto una pena que se tendrá por cumplida, la declaración de reincidencia se ha tornado abstracta en el caso, desde que ninguna consecuencia podrá derivarse para el imputado ante una eventual aplicación de lo establecido en el artículo 14 del código sustantivo.



Adicionalmente a lo expuesto, debe tenerse en cuenta lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “**Gramajo**” (Fallos: 329:3680), con arreglo al cual, el único efecto todavía posible de una declaración de reincidencia (la aplicación al imputado del artículo 52 del Código sustantivo en una causa futura), tampoco resultará admisible, en razón de la doctrina allí sentada, que declaró la inconstitucionalidad de dicha norma.

Ello, en razón del deber moral que en principio corresponde a los jueces de acatar los pronunciamientos del citado Tribunal (conf. doctrina de Fallos: 307:1094, entre otros).

Sobre esa base, como ya se dijo, la cuestión ha devenido abstracta, razón por la que deberá dejarse sin efecto su declaración en los términos del art. 50, CP.

Tal es mi voto.

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

I. HACER LUGAR parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas en esta instancia, **CASAR PARCIALMENTE** el punto dispositivo I de la sentencia recurrida y, en consecuencia, **CALIFICAR** los hechos por los que se condenó a Daniel Nicolás Díaz como constitutivos de tentativa del delito de hurto y **REDUCIR** la pena impuesta al nombrado, la que se fija en cuatro meses de prisión y costas (arts. 29 inc. 3º, 40, 41, 42 y 162 del Código Penal y artículos 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. CASAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada y, en consecuencia, **DEJAR SIN EFECTO** su punto dispositivo II en cuanto declaró reincidente a Daniel Nicolás Díaz (artículos 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 21930/2017/TO1/CNC1

III. TENER POR COMPURGADA la sanción impuesta con el tiempo de detención cumplido y, en consecuencia, **ORDENAR LA INMEDIATA LIBERTAD** de Daniel Nicolás Díaz en este proceso, la que deberá hacer efectiva el tribunal de juicio.

IV. RECHAZAR, en lo restante, el recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas (artículos 470 y 471, ambos *a contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)

Se hace constar que el juez Alberto Huarte Petite participó de la deliberación y emitió su decisión en el sentido indicado, pero no suscribe la presente por encontrarse momentáneamente ausente (artículo 399 *in fine* del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, donde deberá notificarse personalmente al imputado y hacerse efectivo lo ordenado en el punto dispositivo III.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

PABLO JANTUS

MARIO MAGARIÑOS

Ante mí:

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CÁMARA

