

Reg. n° 115/2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 22 días del mes de febrero del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Gustavo A. Bruzzone, Luis M. García y María Laura Garrigós de Rébori, asistidos por el secretario actuante, a efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 90/95 vta., por la defensa de José María Rivero Yactayo; en la presente causa n° 31734/2017, caratulada “**Rivero Yactayo José María s/recurso de casación**”, de la que **RESULTA:**

I. Por decisión de fecha 19 de junio del corriente, el juez del Tribunal Oral en lo Criminal n° 27 Javier de la Fuente, actuando de manera unipersonal resolvió, en lo que aquí interesa:

*“CONDENAR a JOSÉ MARÍA RIVERO YACTAYO, de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la PENA de DOS MESES de PRISIÓN cuyo cumplimiento se DEJA EN SUSPENSO y costas, por ser autor del delito de hurto simple en grado de tentativa (arts. 26, 42, 44, 45, 162 C.P.)”.*

II. Contra esa sentencia interpuso recurso de casación el Defensor Público Coadyuvante Matías de la Fuente, quien ejerce la asistencia técnica del imputado en este asunto. Su recurso fue concedido a fs. 96/98 y mantenido a fs. 101.

El recurrente canalizó sus críticas al fallo por vía de los dos supuestos contemplados en el art. 456, CPPN.

Como primer motivo de agravio, sostuvo que el rechazo del planteo de nulidad de la requisita practicada sobre su defendido, obedece a una arbitraria valoración por parte del *a quo* de los dichos de los testigos del procedimiento que declararon durante el debate.

Al respecto, argumentó que el testimonio que brindaron estas personas en el juicio no dejaba margen de duda en punto a que no presenciaron la inspección efectuada sobre su asistido, sino que fueron convocados por el personal policial interviniente con posterioridad a dicho acto, cuando el teléfono celular que conforma el objeto del delito ya había sido secuestrado, lo que turna nula a la requisita con fundamento en las previsiones del art. 230 *bis* del CPPN, en conexión con su art. 138.

En el mismo sentido, argumentó que la norma procesal de referencia también impone la confección de un acta de requisita, distinta tanto material como jurídicamente al acta de secuestro, que en este caso no ha sido confeccionada, remarcando así que, en definitiva, no se cuenta ni con el acta de requisita ni con testigos que la hayan presenciado, lo que invalida el acto y sus efectos consecuentes.

Estrechamente ligado a ello, la defensa expuso como segundo motivo de agravio que, dada la nulidad del procedimiento antes enunciada, no puede tenerse por acreditada con la certeza correspondiente la participación de su asistido en el hecho, ya que de descartarse los dichos del personal policial y del denunciante en punto a que el teléfono celular fue secuestrado de entre las pertenencias del imputado, sólo subsisten como indicios los dichos de una mujer que habría alertado a la víctima sobre el suceso, cuyos datos filiatorios se desconocen por completo y que no ha prestado declaración durante el debate.

Frente a ello, planteo que en el caso se ha configurado una situación de duda que debe resolverse en favor del imputado (arts. 18 CN y 3 CPPN).

Por último, y en subsidio, se agravió de lo que considera una errónea mensuración de la pena, por haber valorado el *a quo* como agravante una circunstancia que no guarda ninguna relación con la culpabilidad por el hecho atribuido, lo que lleva a juicio de la defensa a una reducción de la pena que, en el caso, y conforme las pautas mensurativas del art. 41 CP, debe ser fijada en el mínimo legal.

En función de lo expuesto solicitó que se revoque la decisión en estudio y se absuelva a su defendido. Subsidiariamente, que se le reduzca la pena al mínimo legal.

**IV.-** Puestos los autos en término de oficina (arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN), a fs. 106 se presentó la defensa pública renunciando a la fijación de la audiencia, de conformidad con lo normado en el art. 18.4, último párrafo de las reglas prácticas del tribunal, por lo que se llamó autos para sentencia.

Luego de la deliberación pertinente (art. 469, CPPN), el tribunal resolvió del siguiente modo.

El juez **Gustavo A. Bruzzone** dijo:

1. El recurso de casación deducido por la defensa pública es admisible, en tanto se dirige contra una sentencia definitiva (art. 457, CPPN) y satisface los requisitos formales de procedencia y admisibilidad (arts. 444 y 463, CPPN). Sus agravios, vinculados tanto a la errónea interpretación de la ley sustantiva, como a la inobservancia de normas procesales, han sido bien encauzados por vía de los dos supuestos contemplados en el art. 456, CPPN.

Asimismo, conforme la doctrina que emana del precedente “**Casal**” (Fallos 328:3399), la tacha de arbitrariedad en la valoración de la prueba determina que se debe agotar la capacidad de revisión de todo aquello que sea “revisable” en esta instancia, en donde el límite lo traza la percepción directa que los jueces del tribunal de juicio obtienen de la prueba a través de la inmediación, para la determinación de los hechos que acreditan la imputación.

En definitiva, se trata de eliminar todos los errores que la sentencia pueda contener y legitimar, si corresponde, la imposición de una pena.

2. Conforme la acusación deslindada en el requerimiento de elevación a juicio de fs. 58, el *a quo* tuvo por probado que “...*José María Rivero Yactayo intentó apoderarse ilegítimamente de un teléfono celular Samsung, modelo J3, de color blanco, perteneciente a Matías Sebastián Gómez, el 26 de mayo de 2017, aproximadamente a las 11.40 horas, en calle Sarmiento con su intersección con la Av. Callao. En efecto, el damnificado había estacionado su camioneta en el lugar para descargar mercadería, y mientras lo hacía dejó las puertas del vehículo abiertas y sobre el asiento del conductor su teléfono celular. La situación fue aprovechada por el acusado, quien se aproximó al vehículo, tomó el teléfono y quiso darse a la fuga, sin lograr su cometido debido a que fue perseguido y detenido por el oficial Jorge Ramos*”.

Esa conducta fue calificada como hurto simple en grado de tentativa, por el que Rivero Yactayo debía responder en calidad de autor (art. 42, 45 y 162 CP).

3. Conforme surge de los considerandos, la defensa planteó en primer término la nulidad de la requisita practicada sobre su defendido, por haberse llevado a cabo en ausencia de testigos y por no haberse labrado el correspondiente acta de requisita, conforme las previsiones del art. 230 *bis*, en función de los arts. 138 y 139 del CPPN.

Consideró al respecto que el rechazo de ese planteo por parte del *a quo* obedecía a una arbitraria valoración de la prueba, puntualmente de los dichos de los testigos de actuación del procedimiento, que según sostiene fueron claros en el debate al expresar que no presenciaron el momento en que se requisó al imputado y, por ende, no pudieron afirmar que el teléfono celular en cuestión haya sido extraído de entre sus pertenencias.

Al abocarse al tratamiento del planteo, el *a quo* comenzó señalando que la defensa “*no cuestiona la existencia de los motivos previos que se exigen legalmente para justificar esta clase de medidas*”, es decir, “*no impugnó la existencia de ‘indicios vehementes de culpabilidad’ y ‘peligro inminente de fuga’ y tampoco de ‘circunstancias previas o concomitantes’*”.

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 31734/2017/CNCI

Remarcó asimismo que *“más allá de que no se realizó un acta específica de requisita, si existen actas que reflejan suficientemente las medidas de coerción aplicadas en el caso contra el imputado. En efecto, obran acta de detención de fs. 4/vta. y de secuestro del teléfono celular (fs. 5). Además, el acta inicial de fs. 1/2, recibida bajo forma de declaración testimonial da cuenta detalladamente de todas las medidas aplicadas (en circunstancias de tiempo, modo y lugar)”*, y valoró, además, que *“en el caso también prestaron declaración los dos testigos de procedimiento, que figuran como tales en el acta de detención y de notificación de derechos”*.

Por último, entendió que la circunstancia de que *“no haya un acta específica de requisita y que los testigos no hayan presenciado (o al menos no hayan recordado presenciar), no genera la nulidad del procedimiento, sino que es una cuestión de valoración de la prueba”*, la que consideró *“contundente respecto a la existencia de los actos que el Sr. Defensor cuestiona”*.

Pues bien, corresponde señalar en primer término que, ni la carencia del acta de requisita que exige el art. 230 bis CPPN, ni la realización de esa diligencia en ausencia de testigos, son circunstancias susceptibles de acarrear un vicio como el que la defensa pretende asignarle al procedimiento en general, pues a contrario de lo que afirma la parte, no existe en el ordenamiento adjetivo ninguna conminación legal en ese sentido. La defensa parece confundir en este punto las causales de nulidad del “acta”, como documento destinado a dar fe de los actos cumplidos por la autoridad pública o ante ella, con la “nulidad del acto” en sí mismo. Las primeras se encuentran taxativamente enumeradas en el art. 140 del CPPN, mientras que la segunda sólo se da frente a la ausencia de los *motivos previos* que reclaman los arts. 230 y 230 bis del CPPN, que son los que habilitan excepcionalmente a los órganos del Estado a llevar a cabo medidas coercitivas que invadan la esfera íntima de la persona.

Así las cosas, la ausencia del acta respectiva y de testigos que pudieran dar fe del regular proceder de la fuerza policial, a todo evento impone llevar a cabo una valoración más cuidadosa de las circunstancias modales en que se obtuvo la evidencia incriminante; pero en sí mismo, y por lo ya dicho, no implica la nulidad del acto y de los efectos que son su consecuencia, porque es posible adquirir el mismo grado de certeza que

proporcionan las actas regularmente confeccionadas, a través de otros medios de prueba autónomos existentes en el proceso. Como lo destacó el *a quo*, se trata en definitiva de una cuestión de valoración probatoria.

En este caso, pese a que no se labró el acta de requisa, se cuenta con las actas de detención (fs. 4) y secuestro (fs. 5), ambas rubricadas por los testigos de actuación Torres y Flores, que refrendan la labor prevencional. Si bien es cierto que éstos no presenciaron la inspección llevada a cabo sobre el imputado, porque fueron convocados por el preventor en un momento posterior, son relevantes los dichos que Flores vertió en el debate, en cuanto a que al ser requerida su presencia en el lugar de la detención de Rivero Yactayo, pudo observar el teléfono celular secuestrado, que se hallaba apoyado sobre el baúl del móvil policial presente en el lugar.

Sumado a ello, la concordante versión que brindaron el agente Ramos y el damnificado Gómez acerca de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se produjo la aprehensión de Rivero Yactayo, y el inmediato secuestro del teléfono celular en su poder, permite descartar las dudas que la defensa intenta sembrar en torno a la responsabilidad de su asistido en el hecho, a partir de la supuesta imposibilidad de acreditar la tenencia del dispositivo en cabeza de su asistido, dada la inexistencia del acta de requisa y de testigos que avalen esa circunstancia.

Es que, a pesar de no haberse convocado a testigos civiles para la inspección, lo que a la luz de la dinámica con la que se desarrolló el suceso y la inmediata aprehensión del imputado aparece como razonable, no existen motivos para dudar de lo que tanto la víctima como el personal policial declararon en forma coincidente en el juicio.

La versión de ambos testigos es completamente concordante en el sentido de que, al momento de producirse la aprehensión, el imputado llevaba consigo el dispositivo móvil de la víctima que, como se dijo, una vez secuestrado, fue observado por al menos uno de los testigos de actuación. Las exiguas diferencias que surgen entre el relato de Ramos y Gómez, vinculadas a cómo era transportado el objeto por parte el imputado, esto es, si en la mano o en el bolsillo de su pantalón, no son relevantes en este examen, pues en uno u otro lugar, ninguna duda cabe

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 31734/2017/CNCI

a la luz de estos testimonios de que Rivero Yactayo lo tenía en su poder al momento en que se produjo su aprehensión.

En efecto, el tribunal no ha advertido, y la defensa no ha invocado tampoco, razones como para sostener una intencionalidad por parte de los declarantes en perjudicar injustificadamente a un desconocido. A ello cabe agregar, que el hecho de que las afirmaciones volcadas por los agentes policiales durante el juicio se vinculen estrictamente con su actuación en el caso como agentes de prevención, no necesariamente lleva a dudar de la veracidad de sus dichos, ni mucho menos a descartar ese testimonio como elemento de necesaria ponderación para la solución del caso.

Por el contrario, tratándose de actos llevados a cabo por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, existe respecto de lo actuado y lo declarado por éstos una presunción de legitimidad que, si bien no es absoluta, sólo puede ser rebatida mediante el aporte de elementos de prueba que, analizados dentro de las particulares circunstancias del caso concreto, sean eficaces para al menos sembrar una duda razonable en torno a la legitimidad del accionar policial. En este caso, tales elementos no han sido invocados por la recurrente, por lo que las críticas esbozadas en punto a la irregularidad del procedimiento deben ser descartadas.

Así las cosas, entiendo que el tribunal ha arribado a una conclusión fundada y lógica acerca de la responsabilidad que le cupo al imputado en el hecho investigado, que responde a la objetiva y racional valoración de los elementos de prueba rendidos en juicio, por lo que los agravios expuestos por la defensa, vinculados tanto a la nulidad del procedimiento policial, como a la falta de comprobación de la intervención de su asistido en el hecho, deben ser descartados.

4.- Ahora bien, al momento de individualizar el monto de la sanción aplicable, de acuerdo a las pautas de los arts. 40 y 41 CP, el tribunal consideró, para la graduación del injusto objetivo y como circunstancia atenuante, el “poco valor de lo sustraído”; y expresamente, como agravante, la “firme decisión criminal” de Rivero Yactayo, configurada por el hecho de haber continuado con el intento de

desapoderamiento pese a que era perseguido por el damnificado, actitud que sólo depuso cuando fue detenido por personal policial.

Respecto de la culpabilidad del acusado, tuvo en cuenta “el nivel socio-económico bajo, sin estudios primarios completos, sin trabajo estable al momento del hecho y con problemas de adicción”, y la ausencia de antecedentes condenatorios.

La defensa alega que la única circunstancia ponderada como agravante por el *a quo* no puede ser un elemento válido para formular el juicio de reproche, pues no guarda relación alguna con la culpabilidad por el hecho atribuido, y esbozó una justificación al comportamiento de su asistido, argumentando que el acatar la exigencia del damnificado podría haber acarreado un conflicto de mayor envergadura, dado que desconocía la forma en que podría haber reaccionado la víctima y el público en general ante esa situación.

Más allá de que la circunstancia por la cual se agravia la defensa no fue tenida en cuenta durante el juicio de reprochabilidad personal, sino a la hora de medir la intensidad del injusto objetivo, lo que en principio tornaría incongruente la crítica formulada por la defensa, entiendo de todos modos que el cuestionamiento esbozado debe tener favorable acogida.

Ello así, porque el *a quo* no ha podido explicar con suficiencia, de qué manera la circunstancia de que el imputado emprendiera la fuga e hiciera caso omiso al requerimiento de la víctima vuelve al hecho objetivamente “más grave”, en tanto no es posible extraer de ello referencia alguna a la naturaleza de la acción ni a los medios empleados para ejecutarla, ni se ha inferido de aquella actitud la extensión del daño o peligros causados (art. 41, inc. 1° CP).

Por el contrario, la conducta posterior al hecho asumida por el imputado, considerada como agravante por el *a quo*, se encuentra en este caso completamente desconectada del hecho mismo, y por tanto no constituye un parámetro pertinente para medir su intensidad. Podría darse, hipotéticamente, una situación en la que de esa conducta posterior al suceso provenga la causación del daño o peligro cuya extensión debe ser considerada para establecer la sanción, conforme el inc. 1° del art. 41

CP, pero en este caso ello no ha ocurrido, o al menos no ha sido tenido en cuenta en el análisis llevado a cabo por el *a quo*.

El criterio utilizado parece ser más adecuado para medir, en todo caso, la culpabilidad del individuo, o para extraer alguna conclusión – siempre cuestionable- sobre la “peligrosidad” del sujeto, en los términos del inc. 2º del art. 41 CP; pero en este caso no fue valorado en ese sentido y, por lo tanto, no puede ser convalidado. En definitiva, y con carácter general, puede sostenerse que “*la conducta posterior al hecho no tiene relevancia autónoma sino en tanto permita extraer conclusiones acerca de la culpabilidad y de la personalidad del autor*”<sup>1</sup>.

Descartado entonces que la única agravante considerada por el tribunal en su fallo pueda erigirse como fundamento válido en este caso para determinar el monto de la sanción aplicable a Rivero Yactayo, y siendo que el resto de las pautas analizadas por el *a quo* han sido consideradas, tanto desde el plano objetivo como subjetivo, como circunstancias atenuantes, corresponde hacer lugar en forma parcial al recurso de la defensa, casar la sentencia en estudio en lo que al monto de pena se refiere, y fijarla en el mínimo legal previsto para la figura delictiva por la cual ha sido condenado el imputado (15 días de prisión), de cumplimiento condicional, lo que así dejo propuesto formalmente al acuerdo, destacando que deviene innecesaria la celebración de una audiencia de visu con el imputado, en tanto se estaría imponiendo la pena mínima de la escala del art. 162, en función del art. 42 del CP.

Tal es mi voto.

La jueza **María Laura Garrigós de Rébori** dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero en un todo al voto del juez Bruzzone.

El juez **Luis M. García** dijo:

Adhiero en lo sustancial al voto del juez Bruzzone.

En virtud del acuerdo que antecede, la **Sala 1** de la **Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional** de la Capital Federal, **RESUELVE**:

---

<sup>1</sup> Ziffer, Patricia. *Lineamientos de la determinación de la pena*, 2ª edición, Buenos Aires, Ed. Ad Hoc, 2013.

**HACER LUGAR** en forma parcial al recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas, **CASAR** el punto dispositivo I de la sentencia obrante a fs. 78/84 vta., únicamente en lo que al monto de la pena se refiere, y **REDUCIRLA** a su mínimo legal, **CONDENANDO** a José María Rivero Yactayo, de las demás condiciones personales obrantes en autos, a la pena de quince días de prisión, de cumplimiento condicional (arts. 40 y 41 CP, 456 inc. 1º, 470, 530 y 531 CPPN).-

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; Lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.-

GUSTAVO A. BRUZZONE

MARÍA LAURA GARRIGÓS DE RÉBORI

LUIS M. GARCÍA

Ante mí:

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ  
SECRETARIO DE CÁMARA