

Reg. n° 424/2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 26 días del mes de abril de 2018, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, Daniel Morin y Horacio Días, asistidos por la secretaria actuante Paula Gorsd, para resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado en la presente causa n° CCC 58695/2015/TO1/CNC1, caratulada **“Alvez, Leandro Martín s/ recurso de casación”**, de la que **RESULTA:**

I. El 12 de mayo de 2016, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 22 condenó a Leandro Martín Alvez a la pena de cinco años de prisión porque lo consideró autor material y penalmente responsable del delito de robo agravado por haber causado lesiones graves arts. 166 inc. 1 en función del 90, CP y a la vez, lo declaró reincidente (fs. 230vta.).

II. Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación el defensor público coadyuvante, Ariel Cagnola (fs. 234/253vta.). El remedio fue concedido a fs. 254/255 y la Sala de Turno de esta Cámara le otorgó el trámite previsto en el art. 465, CPPN (fs. 265).

III. Con independencia del nombre jurídico propuesto por la defensa de Alvez, sus agravios pueden reconducirse a los arts. 456, inc. 1° y 2°, CPPN, según los motivos que a continuación se resumen.

1. Arbitrariedad en la construcción de la responsabilidad penal por errónea valoración probatoria e inversión de la carga de la prueba (art. 456, inc. 2°, CPPN)

El recurrente cuestionó que el caso se sustentó en un único testigo: el denunciante, Carlos Guillermo Fernández Harper Neto. Las restantes pruebas no incorporaron dato alguno que permitiera edificar la hipótesis incriminatoria. Asimismo, el defensor criticó que, en perjuicio del imputado, se jerarquizaron una serie de indicios, invirtiendo la carga de la prueba y desconociendo los elementos de descargo aportados; lo

que implica que la decisión cuestionada carece de una base adecuada y resulta arbitraria.

Objetó que, pese a los dichos de su defendido, el fiscal no agotó el interrogatorio de este testigo ni descartó que al denunciante se lo conozca por el apodo de “Harry”. A su vez, planteó que el *a quo* no podía basarse en que el compañero de trabajo del denunciante, Juan Manuel Rolón, se refirió a él como Guillermo o el “*flaquito*”, atendiendo al contexto formal en que se brindó el testimonio.

Por otra parte, la defensa advirtió que el inspector Vizgarra tampoco pudo descartar la hipótesis del conocimiento previo entre Harper Neto y Alvez, ni precisar a qué se refería cuando señaló que al arribar al lugar de los hechos se encontró con una “trifulca”. Recordó que, a diferencia de su compañero, el preventor Guillermo César Franklin, refirió encontrarse con dos personas y tres o cuatro más alrededor, aunque omitió recabar los datos de identificación de los testigos, lo que impidió luego convocarlos. A su vez, recordó que los testigos de procedimiento no solo fueron convocados con posterioridad a que ocurriera el acontecimiento examinado, sino que incluso uno de ellos sólo recordó que le mostraron una botella y el otro, que no vio nada, únicamente a una persona que estaba detenida.

Por lo expuesto, el defensor planteó que la decisión adoptada careció de una base adecuada conforme doctrina del precedente “Cher Hasso” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Además, refirió que los sentenciantes evitaron contestar argumentos presentados por la defensa.

Asimismo, criticó la ponderación de las lesiones que presentaba el denunciante, toda vez que su defendido también estaba lastimado. Además, aclaró que el tiempo de curación de aquéllas nada aportaba sobre cómo habían ocurrido los hechos.

Por otro lado, señaló que podía tratarse de un supuesto de legítima defensa, en el cual la agresión había sido emprendida por Harper Neto. Sin embargo, se desconocía qué había sucedido.

Finalmente, criticó que el *a quo* valoró negativamente que, a diferencia de la actitud que adoptó el damnificado, el acusado se negó a

aportar información sobre lo acontecido. Por otra parte, el recurrente indicó que resultaba lógico que el imputado propinase una serie de insultos al momento de su detención porque se lo había señalado como el responsable.

Al respecto, consignó que construir una imputación sobre la base del comportamiento del acusado cuando se comprobó que estaba lesionado, implicó una inversión de la carga de la prueba y del estado de inocencia. El defensor objetó que los jueces omitieron fundamentar por qué debía prevalecer la versión del denunciante.

2. Cuestionamientos dirigidos contra la calificación legal del hecho (art. 456, inc. 1º, CPPN)

En subsidio, el defensor planteó que el hecho juzgado había sido tentado y reiteró que el tribunal no había contestado sus argumentos sobre el punto. Además, descalificó por inmotivada la respuesta de los jueces, toda vez que el párrafo donde se decidió la calificación legal carecía de fundamentos y solo presentaba argumentos de autoridad.

Por otra parte, reeditó las críticas a la calificación legal reseñadas en su alegato. Precisó que se trataba de un delito contra la propiedad, ubicado en el Código Penal en ese mismo título; por lo cual, solo se podía consumir el tipo penal si se lograba el apoderamiento de la cosa. En este punto, tras comparar los tipos penales en juego (arts. 166, inc. 1º, y 92, CP), analizar doctrina y jurisprudencia, concluyó en virtud de lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Acosta” (Fallos 331:858), que el derecho penal es la *última ratio* del sistema jurídico y que “...*el principio pro homine impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal...*” (cfr. fs. 250).

3. Inconstitucionalidad de la reincidencia e inaplicabilidad por falta de precisión en el pedido del fiscal (art. 456, inc. 1º, CPPN)

La defensa solicitó que se declare la inconstitucionalidad de la reincidencia por afectar el derecho penal de acto, el *ne bis in ídem*, la culpabilidad por el hecho, el estado de inocencia y, a través de ello, la

defensa en juicio, el debido proceso, la garantía de juicio previo, y por interferir en el plan de vida del autor (arts. 18, 19, 28, 33 y 75, inc. 22, CN; 5.3, 8 y 8.4, CADH; 14 y 14.7, PIDCyP).

En segundo término, planteó que los datos colectados no permitían establecer si el acusado cumplió la pena anterior en calidad de condenado, ni qué cantidad de tiempo pasó en esa condición, ni si el nuevo delito se había cometido dentro del plazo del art. 50, CP. De este modo, señaló que la petición fiscal no estuvo debidamente motivada, aspecto imposible de subsanar en esta instancia. Para la defensa, el fiscal debió mencionar en qué fecha había quedado firme la sentencia; en qué momento la administración comenzó a tratar a Alvez como condenado; y cuándo cumplió los dos tercios de su condena o, al menos, conforme el criterio del caso **“Salto”**, cuándo pasó al período de prueba según certificación penitenciaria. Recordó que Alvez recuperó su libertad por agotamiento de la pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 3, en la causa 4312, cuando aún estaba pendiente la resolución del recurso en que se discutía la reincidencia, lo cual, impedía considerarlo condenado para esa causa.

IV. Ya sorteada esta Sala II, en el término de oficina previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, se presentó el defensor público coadyuvante, Mariano Adolfo Klumpp, quien reiteró y amplió los argumentos manifestados en el recurso de casación (fs. 271/279).

V. Se celebró la audiencia prevista por el art. 468, CPPN, a la que compareció el defensor público oficial Claudio Martín Armando, de lo cual se dejó constancia a fs. 289. El defensor sostuvo el recurso interpuesto y reiteró las críticas respecto de la sentencia atacada; en particular, y con respecto a la calificación jurídica consideró que a lo sumo, el caso podía considerarse como una tentativa de robo sumada a las lesiones graves (cfr. audiencia del art. 468, CPPN, minuto 4 en adelante).

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

Y CONSIDERANDO:

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

Del resumen efectuado en el punto III y conforme con lo previsto en los arts. 469 y 398, CPPN, los agravios planteados por el recurrente pueden traducirse en las siguientes cuestiones a resolver: 1) si el razonamiento sobre la prueba fue arbitrario; 2) si la respuesta es negativa, corresponde analizar si la subsunción jurídica del caso fue correcta; 3) con respecto a la reincidencia, si su declaración fue correcta; si la respuesta es positiva, se debe analizar la constitucionalidad del instituto.

1. La valoración de la prueba realizada por el tribunal de la anterior instancia

a. Para tratar los agravios de la defensa vinculados con la valoración de la prueba, conviene recordar qué tuvo por probado el tribunal *a quo*. Así, los jueces de la instancia anterior consideraron probado el hecho que a continuación se transcribe.

“...{E}l día 4 de octubre de 2015, siendo aproximadamente las 22.45hs, Leandro Martín Alvez intentó apoderarse ilegítimamente de elementos de valor, propiedad de Carlos Guillermo Fernández Harper Neto, en la intersección de la Avda. Córdoba y Ayacucho de esta Ciudad.

“Fue allí donde Alvez, al ver que Harper Neto venía caminando por la Avenida Córdoba, de regreso a la pizzería ‘Angelica’ su lugar de trabajo en Riobamba y Ayacucho luego de hacer un ‘delivery’, se le acercó y le solicitó a Harper Neto unas monedas.

“Al contestarle el damnificado que se encontraba trabajando, exhibiéndole el bolso de reparto, Alvez lo toma del cuello y extrae de entre sus ropas un trozo de vidrio con el cual intentó lesionarlo, a la vez que le decía ‘vos te crees que me importa que estés trabajando, me chupa un huevo, vos te crees que me importa que esté la cana acá a la vuelta, no te hagas el gil y camina’.

“En ese momento, al intentar escapar Harper Neto, se inició entre ambos un forcejeo. Como consecuencia de los golpes recibidos, Harper Neto sufrió la fractura proximal del primer metacarpiano de su mano derecha, que lo imposibilitó para el trabajo por un término superior a los treinta días.

“Finalmente el damnificado junto a ocasionales transeúntes, y un compañero de trabajo logró reducir al imputado, arribando luego personal policial que

formalizó la detención y secuestró el trozo de vidrio utilizado por el nombrado...”
(fs. 216vta. / 217).

Para arribar a la conclusión reseñada, el tribunal de mérito consideró las siguientes pruebas, producidas o incorporadas por lectura durante el debate.

i. El testimonio del denunciante, Carlos Guillermo Fernández Harper Neto, quien indicó las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo el hecho (fs. 217/217vta. de la sentencia).

ii. Los testimonios de los policías que acudieron al lugar del hecho, el agente Cesar Franklin Guillermo y el oficial Héctor Leonel Vizgarra (fs. 218 de la sentencia).

iii. El acta de secuestro labrada por el policía Vizgarra que da cuenta de la incautación del trozo de vidrio empleado por Alvez para amedrentar a Harper Neto, cuyo contenido ratificaron en audiencia los testigos Juan Manuel Rolón Notario y Cristian Fernando Acuña (íd.).

iv. El testimonio de los testigos Rolón Notario y Acuña (fs. 218vta. de la sentencia).

v. El informe producido por el Cuerpo Médico Forense a fs. 68/69 en el que se precisan la entidad de las lesiones que presentaba Harper Neto (fs. 218vta./219 de la sentencia).

vi. El acta de detención de fs. 4, el acta de secuestro de fs. 5 y los exámenes médico policiales de fs. 26 y 49 (fs. 219 de la sentencia).

vii. El informe médico forense sobre las lesiones que presentaba el imputado (fs. 83/85), el peritaje de dos trozos de vidrio secuestrados (fs. 43), las fotografías obrantes a fs. 42 de los autos principales, el legajo de personalidad que corre por cuerda (fs. 2/6); y el croquis de fs. 8.

b. El razonamiento del tribunal de la instancia anterior se edificó, fundamentalmente, sobre la base del testimonio de Carlos Guillermo Fernández Harper Neto. Según refirió el *a quo* en la sentencia, producto de la inmediatez propia del juicio oral y público, este testigo “...*detalló pormenorizadamente la forma en que ese día fue abordado*

por el imputado Alvez, quien primero le pidió una moneda y entonces él le explicó que estaba trabajando y le mostró el bolso. Que creyó que todo estaba bien, incluso lo vio venir corriendo de atrás y pensó que iba a seguir de largo, pero contrariamente a eso, lo tomó del cuello y, colocándole un trozo de vidrio le dijo 'vos te crees que me importa que estés trabajando, me chupa un huevo.'

“También describió como a partir de ese momento el testigo intentó escapar sin éxito, toda vez que el imputado empezó a agredirlo y, como consecuencia del forcejeo que se inició entre ambos, el damnificado perdió sus anteojos, que se rompieron al caer al suelo, para finalmente lograr reducirlo con la ayuda de un chico de la pizzería que se acercó a ver lo que pasaba porque estaban muy cerca del local.

“Por último explicó que en ese momento se acercaron algunas personas y, que a raíz de los golpes recibidos se fracturó la mano. Lo intervinieron quirúrgicamente y no pudo trabajar por dos meses.” (fs. 217/217vta. de la sentencia).

Además, para formar su convicción respecto de los dichos del denunciante los sentenciantes ponderaron que, conforme a su relato en el debate, después de que llegó su compañero a auxiliarlo, el imputado intentó huir, comenzando a correr y fue el damnificado quien se lo impidió, lo tiró al piso y lo inmovilizó hasta que llegó la policía. De este modo, en el razonamiento del *a quo*, Fernández Harper Neto buscaba lograr la intervención policial para evitar que la conducta de Alvez quede impune, lo que permitía descartar la versión de descargo presentada por el imputado.

De igual modo, los jueces ponderaron que los funcionarios policiales que arribaron al lugar, tanto el agente Cesar Franklin Guillermo como el oficial Héctor Leonel Vizgarra, relataron que hubo un forcejeo entre dos personas, aunque de la información que recabaron pudieron establecer que uno de ellos había sido víctima de un robo, que lo habían amedrentado con un vidrio y que incluso estaba lesionado (fs. 218 de la sentencia). A su vez, los sentenciantes destacaron que ambos funcionarios indicaron que había varias personas en el lugar y que mientras el damnificado les contaba lo sucedido, el imputado se negaba a aportar información (íd.).

En este sentido, el tribunal *a quo* destacó que el acta de secuestro labrada por Vizgarra daba cuenta de la incautación del trozo de vidrio mencionado por Harper Neto como empleado por Alvez para amedrentarlo, cuyo contenido ratificaron en audiencia los testigos Juan Manuel Rolón Notario y Cristian Fernando Acuña (fs. 218 de la sentencia). Al respecto, los jueces advirtieron que si bien ambos habían sido convocados por personal policial para actuar como tales, también refirieron que su compañero de trabajo, esto es, Harper Neto, había sido víctima de un robo y que como consecuencia de ello también se lastimó (íd.).

Por otra parte, los jueces indicaron que la entidad de las lesiones inflingidas a Harper Neto se desprenden del informe producido por el Cuerpo Médico Forense en el que se determinó: “{...} *Al examen físico presenta:*

1) *Excoriación de cadera derecha.*

2) *yeso inmovilizador antebraquio palmar derecho.*

“Se deja constancia que el examinado me presenta una placa radiográfica de mano derecha en dos posición es, realizada en el Clínica y Maternidad Suizo Argentino a las 00:51 horas del día 5/10/15, a su nombre, cassette ID 9102262926, en la cual se verifica una fractura proximal del primer metacarpiano.

“De lo expuesto se desprenden las siguientes conclusiones:

“Las lesiones que presenta Carlos Guillermo Fernández Harper Neto se estima que demandarán una posibilidad de curación de más de 30 días a contar de la fecha de su producción, con igual inutilidad laborativa.

“En lo que atañe al mecanismo determinante pudo haber sido el de golpe o choque con o contra cuerpo duro.”

A partir de todos estos argumentos, los jueces concluyeron que Alvez debía ser considerado como autor del hecho.

c. Tal como se resumió en el punto III, el primer planteo de la defensa se orienta a que en el caso, se trató de la valoración de un testigo único; además, el tribunal no analizó distintos argumentos desplegados por el recurrente, y que, equivocadamente, no consideró las

posibilidades de que la víctima fuera su asistido y cómo se valoró su declaración.

El examen de estos planteos remite a las consideraciones efectuadas de manera constante en distintos precedentes con respecto a la valoración de la prueba en general, el testigo único, el principio *in dubio pro reo* y el significado del estándar de prueba de la duda razonable.

Así, en el precedente “**Escobar**”¹ se establecieron los criterios generales que gobiernan la valoración de la prueba, vinculados con la inmediación y la necesidad de que aquélla constituya un proceso intersubjetivo, verificable, que permita reconstruir los pasos que dio el juez para llegar a la decisión del caso.

Asimismo, en cuanto al alcance del principio *in dubio pro reo* y el estándar de la duda razonable, en los precedentes “**Taborda**”², “**Marchetti**”³ y “**Castañeda Chávez**”⁴, entre muchos otros, se estableció que duda razonable significa duda razonada, o mejor, duda justificada razonablemente, donde “razonable” equivale a carente de arbitrariedad. La consistencia de la duda no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena; y, a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria.

Por otro lado, a partir del caso “**Juncos Posetti**”⁵ (también entre otros⁶) se estableció que, en nuestro sistema, es posible condenar, bajo ciertas prescripciones, con la declaración de un testigo, tal como también lo estableció en Alemania el Tribunal Supremo Federal (BGH).⁷

¹ Sentencia del 18.06.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin; registro n° 168/15.

² Sentencia del 02.09.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 400/15.

³ Sentencia del 02.09.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 396/15.

⁴ Sentencia del 18.11.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 670/15.

⁵ Sentencia del 1.04.16, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse, y Morin, registro n° 235/15.

⁶ “**Garoni**”, sentencia del 23.9.2016, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 742/2016; entre otros.

⁷ Cfr. Gabriele JANSEN, *Zeuge und Aussagepsychologie* (“Testigo y psicología de la declaración”), 2ª edición, C. F. Müller, Heidelberg, 2012; sobre la valoración de las declaraciones de los testigos según la jurisprudencia de este tribunal, ps. 19 y sigs.

En esos precedentes, también se precisó el auxilio que en esta materia puede prestar la psicología del testimonio, disciplina que tiende un puente entre el derecho y la psicología; ofrece conocimientos y técnicas que permiten una valoración confiable de la prueba testimonial. Estudia principalmente dos grandes ejes: la exactitud del testimonio y la credibilidad del testigo.

Por credibilidad se entiende la correspondencia entre lo sucedido y lo relatado. En tanto, la exactitud puede definirse como la correspondencia entre lo sucedido y lo representado en la memoria, esto es, entre lo que ocurrió y lo que el testigo recuerda. Ambos conceptos están estrechamente relacionados porque la credibilidad depende en primer lugar de la exactitud del recuerdo, pero la credibilidad tiene autonomía como categoría porque además de la exactitud, depende de otros factores adicionales que pueden hacer que un testimonio a pesar de ser exacto, de todos modos, no sea creíble. Con respecto a la exactitud del recuerdo, hay que tener en cuenta que para poder evaluarla deben considerarse la influencia de procesos psicológicos como la percepción y la atención.

A todo esto se suma que la memoria no puede entenderse como un proceso unitario sino que existen distintos tipos -sensorial, a corto plazo y a largo plazo- y que a su vez, en el proceso de memorización se distinguen las siguientes fases: codificación, retención y recuperación. La importancia de tener en cuenta estos conocimientos radica en que tanto los distintos tipos de memoria como las fases de memorización se ven influenciados por distintos factores que pueden alterarlos y provocar una ulterior modificación en el recuerdo.⁸

Por regla general, los hechos autobiográficos con una implicación emocional importante se recuerdan más detalladamente que los hechos rutinarios.

⁸ Cfr. al respecto Laura, DEANESI, *Introducción a la psicología del testimonio: Nuevas perspectivas*, en Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, 2010, ps. 5-14; ese trabajo está reproducido en Daniel PASTOR (director) / Nicolás GUZMÁN (coordinador), *Problemas actuales del Derecho procesal penal*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2012, ps. 439 – 448; véase en particular la bibliografía que se indica en las ps. 447 – 448.

d. Recordado el marco teórico en que se desenvuelven los planteos de la defensa, corresponde ingresar al tratamiento de los agravios.

El recurso de la defensa efectúa una lectura parcial de la prueba valorada por el tribunal *a quo* y trata de reducirla a un único testimonio, cuando en realidad, se trata de un conjunto de elementos. Como se reseñó (punto b.), el testimonio del denunciante fue analizado por los jueces de mérito, globalmente con toda la prueba reunida: los dichos de los funcionarios policiales que acudieron al lugar, los relatos de los testigos Acuña y Rolón quienes refirieron que su compañero de trabajo, Harper Neto, había sido víctima de un robo, así como también la prueba documental colectada (fs. 217/219).

Por lo demás, la defensa reedita en esta instancia de manera genérica, la *mera posibilidad de la existencia de otra explicación posible de los hechos*. En particular, repite la versión brindada por Alvez, esto es, reitera la hipótesis de una relación previa entre el denunciante y el imputado que explicaría el suceso. Así, según Alvez, conocía a Fernández Harper Neto por el apodo de “Harry”, quien le había encargado la compra de estupefacientes. Sin embargo, no se advierte que el tribunal haya valorado arbitrariamente la prueba al considerar que el testigo Rolón, compañero de trabajo de Harper Neto, mencionó espontáneamente al denunciante como “Guillermo” y, con posterioridad, al ser interrogado por el fiscal consignó que se refería al “flaquito” al que le habían robado. En este aspecto, la defensa sostuvo que el fiscal no había agotado el interrogatorio para establecer aquella circunstancia, esto es, si efectivamente Harper Neto se apodaba “Harry”.

No obstante, la defensa omite mencionar por qué esa actividad no pudo realizarla ella misma en el debate ni tampoco explicó qué le impidió hacerlo. En el punto, se advierte una confusión en el planteo, entre la carga de la prueba y la actividad que corresponde a cada parte en el interrogatorio y contra interrogatorio de los testigos. Si la defensa quería demostrar la identidad entre el supuesto “Harry” y el denunciante, nada le impedía preguntar en ese sentido; por lo tanto, no puede cargar su inacción al Ministerio Público Fiscal. Como se ha

señalado en otros precedentes, el reclamo por un sistema acusatorio implica también que las partes asuman los deberes que esos nuevos roles reclamados exigen. Pero además de todo lo señalado, la defensa omite considerar un dato relevante, tomado en cuenta por el *a quo*: fue el propio damnificado quien categóricamente negó que era conocido por el apodo de “Harry” (fs. 218). A ello se suma la forma en que fue detenido el imputado: si había un acuerdo entre Harper Neto y Alvez, carece de sentido que aquél lo detuviera. En este aspecto, el tribunal *a quo* valoró especialmente que después de que llegó uno de los compañeros del denunciante para auxiliarlo, el imputado intentó huir, comenzando a correr. Así, fue el propio Harper Neto quien lo impidió, tiró al piso a Leandro Alvez y lo inmovilizó hasta que llegó la policía. A partir de esta circunstancia, el tribunal *a quo* razonó que, lógicamente, esta pretensión de Harper Neto de que Alvez fuera detenido descartaba la presunta sociedad para adquirir droga a la que el acusado, en solitario, hacía referencia (fs. 218/218vta.). No se advierte que esta argumentación sea de alguna forma arbitraria o ilógica.

En definitiva, más allá de las críticas del recurrente, la ponderación de los dichos del denunciante efectuada por los juzgadores con respecto a quién fue el agresor resulta correcta, razonable y no aparece arbitraria; según lo transcripto en la sentencia, el testigo fue claro y preciso al recordar cómo se desarrolló el hecho que lo tuvo por víctima.

La defensa también ha cuestionado la supuesta omisión del personal policial de recabar los datos de las personas que se encontraban en el lugar de los hechos; sin embargo, nuevamente aquí omite considerar que entre aquellas personas *se encontraban los testigos Acuña y Rolón* quienes fueron convocados por los funcionarios policiales y, posteriormente, declararon durante el debate oral y público. Así, este cuestionamiento queda huérfano de todo sustento.

Finalmente, la defensa planteó que no podía descartarse un supuesto de legítima defensa. De este modo, el recurrente en su alegato, y en el mismo sentido en el recurso, advirtió: “*Como no sabemos cómo comenzó todo esto, cómo se plantearon las cosas no sabemos si no hubo una legítima*

defensa, es decir la situación ilegítima, la situación injustamente provocada le permite al dicente reaccionar de una manera desmedida, siempre y cuando esa desmesura no sea burda.” (fs. 211/216vta.).

Como se advierte, para formular esta hipótesis del caso el recurrente omite toda consideración de la descripción detallada del hecho que tuvo por probado el tribunal *a quo* (punto 1.a) y, en particular, nada dice para elaborar esta teoría sobre la prueba reunida, esto es, no solo los testimonios del denunciante, los policías y las personas que estaban en el lugar, sino incluso del secuestro del elemento empleado por el acusado para atacar a Harper Neto. Pero, y esto es lo más relevante, *no menciona ninguna prueba que lo avale, ni siquiera la propia declaración del imputado.* Además de remitir a los problemas que pueden presentarse ante diferencias entre la defensa material y la técnica (mencionada en los casos “**Castañeda Chávez**”⁹, “**Giménez**”¹⁰, “**Rodríguez**”¹¹, “**Torres**”¹², entre otros), el planteo así efectuado obliga a reiterar lo dicho párrafos más arriba: duda razonable significa duda razonada, esto es, duda justificada razonablemente, donde “razonable” equivale a carente de arbitrariedad. La consistencia de la duda no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena.

De esta manera, la mención aislada de una supuesta agresión ilegítima por parte del denunciante, carente de apoyo en prueba alguna y sin ninguna referencia al razonamiento del tribunal *a quo* sobre el punto, carece de entidad para conmovir la sentencia recurrida.

Todo lo dicho conduce a rechazar los agravios de la defensa en el punto, dado que las razones expuestas en la sentencia cuestionada resultan suficientes y adecuadas para tener por probada, *más allá de toda duda razonable*, la responsabilidad atribuida a Alvez en este hecho. El análisis realizado por los jueces de mérito en este punto se aprecia lógico, razonable y no es arbitrario, contradictorio, ni lesiona

⁹ Sentencia del 18.11. 15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 670/15.

¹⁰ Sentencia del 7.12.16, Sala II, jueces Niño, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 979/16.

¹¹ Sentencia del 20.2.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 89/17.

¹² Sentencia del 9.10.17, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 977/17.

principio constitucional alguno, amén de no haber sido adecuadamente refutado por la defensa a partir de los argumentos desplegados en su recurso.

2. La calificación legal

a. Según se consignó en el punto III, 2 de las resultas, el segundo agravio de la defensa se dirige a cuestionar la subsunción jurídica en orden al delito de robo agravado por haber causado lesiones graves del hecho que los jueces de la instancia anterior consideraron probado (punto 1, a de este voto).

Para tratar este planteo, conviene realizar dos advertencias previas. En primer término, la prueba principal en la que se basó correctamente la sentencia es el testimonio de Harper Neto. Según se estableció, los jueces de mérito consideraron que el testigo había sido claro y preciso al recordar cómo se desarrolló el hecho que denunció.

Por lo tanto, *esta misma declaración debe ser la base para establecer cuál es la subsunción jurídica correcta del caso*. No puede prescindirse de ella en este tramo de la sentencia, porque de lo contrario el razonamiento sería contradictorio.

En segundo término, se advierte que la sentencia en este punto se limitó a transcribir, tal como lo planteó la defensa, una cita de doctrina, textual, entre comillas, pero sin análisis adicional. Sin perjuicio de la autoridad que puede otorgarse a las opiniones citadas, lo cierto es que no hay ninguna vinculación de esas afirmaciones *con las particulares circunstancias del caso ni el tribunal a quo la argumentó*.

Si bien esto constituye de por sí un supuesto de arbitrariedad, conviene ahondar el análisis de la cuestión para arribar una solución definitiva del asunto. Para este fin, resulta necesario volcar la declaración de Harper Neto, según lo recogió la propia sentencia y surge del acta de debate (fs. 203/204 y 177vta./179vta., respectivamente).

b. Carlos Guillermo Fernández Harper Neto declaró: *“...Que trabajaba en la pizzería ‘Angelita’ como delivery, y que volviendo de hacer el reparto, el imputado le preguntó si tenía una moneda para darle, por lo que el compareciente le mostró el bolso, le dijo que venía trabajando y éste le contestó ‘a{b}*

*bueno, bueno, está bien, todo bien'. Caminó unos pasos y cerca del Normal ubicado en Córdoba, entre Riobamba y Ayacucho, lo ve que viene corriendo, pero como es una zona transitada pensó que iba a pasar de largo, cuando llega a su lado lo abraza del cuello y le pone un vidrio con la otra mano en el cuello, le dice que 'vos te crees que me importa que estés trabajando, me chupa un huevo', 'vos te crees que me importa que esté la cana acá la vuelta, me chupa un huevo...no te hagas el gil y caminá', todo eso mientras tenía el vidrio en el cuello caminan así un poco y cuando él le aleja un poco el vidrio del cuello y allí produce el intento de escape. Abí le pega, empezaron a pelear, le acerca nuevamente el vidrio y abí comienzan a golpearse, con motivo del golpe sus anteojos se caen. Que lo felicitó porque se le había parado de manos, teniendo mientras el vidrio en la mano y el deponente estaba enojado pensando que le había roto los anteojos, y abí el dicente le dijo 'tomátelas me rompiste los anteojos, tomátelas que te cago a piñas', le contestó 'eh te estoy felicitando dame un abrazo', él le contestó 'tomátelas, rajá de acá, **él tiró el vidrio** y le dijo 'vení dame un abrazo', se va contra él nuevamente por atrás para pegarle y abí se produce otra pelea. En el momento ése ya estaban en la esquina de Riobamba y Córdoba, el local donde trabajaba estaba a quince metros sobre Riobamba, y uno de los chicos que trabaja abí vio la pelea y fue corriendo para ver qué pasaba y agarra y lo sostiene a él, y mientras estaba el reparto de golpes le pregunta qué pasó, le dijo que le quiso robar, el imputado se quiso ir corriendo cuando sucede eso el dicente lo agarró y lo tiró al piso y lo inmovilizó hasta que llegó la policía. Cuando llegó el oficial de policía se lo entregó, le dijo que era de él, y aprovechó para limpiarse que tenía sangre sobre su ropa, cara y mano, **él no se cortó, pero se fracturó** la mano ese día, se tuvo que operar, tiene un tornillo en la mano; luego, salió habló con los oficiales de policía les entregó el documento y toda la historia, vio que tenía en la mano un hueso que estaba levantado al cual intentó bajarlo varias veces y se dio cuenta que estaba roto. Que fue a la comisaría declaró e hizo la denuncia y fue a la clínica Swiss Medical que está en Pueyrredón y Santa Fe, tiene fractura en el primer metacarpiano, perdió el trabajo porque no podía trabajar. A preguntas formuladas por el Sr. Fiscal General, éste manifestó que le operaron la mano por esta fractura, le pusieron un tornillo, depende del día duele o no duele. Que al imputado no lo había visto nunca, no lo conocía. Cuando estaba hablando con los pisos él estaba en el piso esposado, el imputado decía que lo conocía, que había peleado con él y que el dicente fumaba porro en la plaza con él, que eso era lo que recordaba que gritaba desde el piso, y que*

no era de caballero lo que había hecho, llegó un momento que ya no le entendía lo que decía, pero lo reiteró en varias oportunidades. Él no entendía lo que le decía. Nunca fumó porro y no lo conocía. Negó que le dijeran Harry. No conoce a nadie de nombre Brunito, en la pizzería. Que trabajó en la pizzería desde diciembre octubre de 2014, desde ese hecho estuvo 8 meses en la pizzería, primero como volantero y luego como delivery. Lo único que pudo ver que era un vidrio, y cuando se cayó escuchó el ruido en el piso de un vidrio. Estaba con la recaudación del local, la que entregó al local, entró para limpiarse, entregó su campera llena de sangre y luego se fue a la comisaría. Hacía el delivery en bicicleta o caminando, esa vez fue caminando. A preguntas de la Defensa Oficial, dijo que cuando redujo a esta persona había más gente, pero alrededor había más personas, un taxista que estaba parado, su compañero Federico que estaba viendo y que lo fue a ayudar pero sosteniéndolo en el piso solo estaba el dicente, y demás personas pero alrededor, no vio mucho por estaba atento a lo que estaba haciendo, eran más de dos personas. **No le sustrajo nada.** Cuando comienza todo estaban los dos solos, estaba muy oscuro, luego se percató que venía corriendo él que iba a tomar el colectivo, en ese momento no había nadie más. Respecto del rol de Federico fue que se metió a ver qué pasaba, en el momento el dicente no vio bien a su alrededor, en un momento el imputado salir corriendo y allí lo agarró de nuevo, sabe que él en un momento lo empujó y le preguntaba que pasaba, que intentó ayudarlo. Que por el apodo también le preguntaron antes, no recuerda si le preguntaron antes por otra persona con un apodo. Preguntado para que diga si le preguntaron por una persona que le decían Brunito contestó que sí...” (acta de debate, fs. 177vta./179vta.; sentencia, fs. 203/204vta.; el destacado no es del original).

d. La transcripción efectuada permite realizar varias inferencias.

En primer lugar, queda claro que existieron dos momentos bien diferenciados. El primero comienza con el pedido de “...una moneda...” por parte de Alvez, la negativa a entregarla de Fernández Harper Neto, y el posterior intento de desapoderamiento por parte del primero utilizando un trozo de vidrio, acompañada de una serie de insultos y frases incoherentes.

El segundo tramo comienza luego de que Alvez “felicitó” a Fernández Harper Neto por haberse resistido y a raíz de esto, pretendió

abrazarlo; ante la negativa de éste último, el imputado *arroja el vidrio* y comienza una nueva agresión contra el denunciante, quien al responder, lesiona su mano.

De esta manera, se advierte que se trata de dos hechos distintos, tal como la defensa indicó en la audiencia ante esta Cámara (cfr. punto V) y que, por lo tanto, *les corresponde una calificación jurídica diferente a la adoptada por el tribunal a quo*. En este sentido, la defensa ha cuestionado a lo largo de sus distintas intervenciones ante este Tribunal la calificación jurídica seleccionada por el *a quo*, lo que habilita un examen integral del planteo.

e. De acuerdo con lo dicho en el precedente “**Cordero**”¹³, donde se desechó el concepto extensivo de arma impropia y se indicó que la mayor gravedad que el hecho reconoce debe ser valorada al momento de fijar la pena, el trozo de vidrio utilizado para intentar el desapoderamiento de Fernández Harper Neto mantiene la conducta dentro del ámbito del robo simple (art. 164, CP), sin perjuicio de que corresponde analizar su empleo dentro de la medición de la pena.

Por su parte, al segundo tramo le corresponde la calificación de *lesiones graves* (art. 90, CP), según lo que estimó el tribunal *a quo* de acuerdo con el informe médico consignado en el punto 1, b.

Ambos hechos concurren realmente entre sí (art. 55, CP).

3. El cambio de calificación propuesto repercute necesariamente en la pena fijada, atento a las escalas diferentes que rigen los distintos supuestos. Según lo resuelto por el tribunal *a quo*, el delito previsto en el art. 166, inc. 1º, CP, prevé una escala penal de cinco a quince años de prisión o reclusión; mientras que la calificación aquí propuesta, abarca de uno a diez años de prisión o reclusión (arts. 42, 44, 55, 90 y 164, CP).

Por otro lado, se advierte que el tribunal de mérito fijó el mínimo de la escala penal aplicable teniendo en cuenta “...*la naturaleza, modalidad y consecuencias del hecho; la edad y personalidad del encausado, la impresión que nos causó durante el debate, sus precarias condiciones de vida y demás*

¹³ Sentencia del 30.10.2015, Sala I, jueces García, Días y Sarabayrouse, registro n° 605/15.

constancias que surgen del informe practicado a fs. 86 del legajo...y demás pautas de mensuración contenidas en los artículos 40 y 41 del Código Penal...” (cfr. punto tercero, fs. 220 de la sentencia). Si bien no explicó qué carácter adjudicó a cada una de las circunstancias mencionadas, puede inferirse que, por lo menos, las “...*precarias condiciones de vida y demás constancias...*” del informe de fs. 86, fueron consideradas atenuantes.

El cambio de calificación jurídica de los hechos en esta instancia llevó, en la mayoría de los casos resueltos por esta Sala al principio de su funcionamiento, al reenvío de las actuaciones a otro tribunal para que determinara una pena nueva, previa audiencia con las partes. Este criterio se modificó a partir de los precedentes “**Galeano**”¹⁴ y “**Cañete y Aranda**”¹⁵ (entre otros), en donde se dispuso fijar la pena en esta instancia en razón de la experiencia desarrollada, el conocimiento personal del imputado (art. 41 inc. 2º, última oración, CP), y, en definitiva, por razones de economía procesal, para concluir con los asuntos evitando nuevos recursos.

Ahora bien, este caso presenta particularidades que impiden aplicar este último criterio. En este aspecto, si bien el tribunal ponderó distintas atenuantes, la forma en que se propone calificar los hechos, implica considerar el trozo de vidrio empleado por Alvez como una agravante; además, se advierte que no existió una discusión sobre las distintas agravantes y atenuantes, atento a que el *a quo* fijó la pena siguiendo casi en forma textual el pedido de la fiscalía (véase fs. 210 de la sentencia que transcribe el alegato del acusador sobre este punto). Por estas razones, en este caso particular, corresponde reenviar las actuaciones para que se fije una nueva pena con los siguientes parámetros:

a. Debe realizarse una audiencia entre las partes donde se discuta la nueva pena y resolverse el caso una vez terminada aquélla.

b. Sin perjuicio de lo que planteen las partes en aquella audiencia, la pena debe ser inferior a los cinco años de prisión fijados anteriormente, teniendo en cuenta la nueva escala que rige el caso, y las

¹⁴ Sentencia del 23.2.17, Sala II, jueces Morín, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 105/17.

¹⁵ Sentencia del 12.4.17, Sala II, jueces Morín, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 250/17.

atenuantes sobre las cuales *ya* coincidieron la fiscalía y el tribunal, en particular, sus precarias condiciones de vida y lo que surge del informe de fs. 18/21 del legajo de incidentes (se corresponde con las fs. 86/89 citadas por el tribunal *a quo*).

c. Debe meritarse como agravante la utilización de un trozo de vidrio en el primer hecho.

4. La declaración de reincidencia

a. El último agravio de la defensa se refiere a la declaración de reincidente de Alvez.

La cuestión relativa a cuándo existe reincidencia ha sido tratada en los precedentes “**Salto**”¹⁶ y “**Medina**”¹⁷, entre muchos otros. En el primero se dijo que, de acuerdo con las etapas en que se divide el régimen penitenciario según la ley 24.660, el período de prueba aparecía como aquél en el que el condenado evidenciaba un avance en su tratamiento, pues estaba en condiciones de “comenzar a autogobernarse”.

En efecto, el art. 50, CP no debe leerse de forma automática sino que dependerá, en cada caso concreto, del análisis de la evolución del interno en el sistema de progresividad, qué etapa alcanzó en él, qué regímenes gozó y, en su caso, las razones por las cuales fracasó el tratamiento penitenciario, según la ley vigente al momento en que cumplió esa pena.

b. En el caso en concreto, para disponer la declaración de reincidencia el tribunal *a quo* indicó que Alvez “...registra una condena impuesta por el TOC 3 en la causa n° 4312 a la pena de diez meses de prisión y costas, el día 3 de abril de 2014, fallo que adquirió firmeza el 7 de mayo de 2014, con excepción de la declaración de reincidencia, que fue declarada firme el 30 de septiembre del mismo año.”

“Según se desprende de fs. 26 del legajo que corre por cuerda, Alvez recuperó su libertad en esa causa por agotamiento de condena el día 16 de septiembre

¹⁶ Sentencia del 27.08.2015, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro 374/2015.

¹⁷ Sentencia del 3.09.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 406/15.

de 2014, habiendo arribado entonces a la fase de socialización del tratamiento penitenciario...” (fs. 220vta.).

c. Como se vio (punto III. 3), la defensa planteó en este aspecto múltiples críticas a la decisión recurrida, entre ellas, justamente la falta de aplicación del criterio recién expuesto (véase fs. 251 del recurso; fs. 278/279vta., presentación en el término de oficina), además de los cuestionamientos que ya había introducido en el debate (ver acta, fs. 197).

d. En definitiva, asiste razón a la defensa en este punto, por cuanto el propio tribunal *a quo* señaló que en la condena valorada para declararlo reincidente, Alvez sólo había alcanzado la fase de socialización (fs. 220vta.).

Por tal motivo, debe casarse la sentencia en este aspecto y dejar sin efecto la declaración prevista en el art. 50, CP (art. 456 inc. 1º, CP); lo cual torna abstracto el tratamiento de la constitucionalidad de este instituto.

5. En razón de todo lo expuesto, se propone al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la defensa de Leandro Martín Alvez, casar los puntos I y II de la sentencia de fs. 202/231, modificar la calificación legal allí establecida por la de robo en grado de tentativa en concurso real con lesiones graves y dejar sin efecto su declaración de reincidencia; asimismo, corresponde reenviar las actuaciones al tribunal de origen, para que, luego de la realización de una nueva audiencia, fije la pena aplicable de acuerdo con el objeto y las pautas indicadas en el punto 3 del primer voto; sin costas (arts. 42, 44, 50, 55, 90 y 164 CP; 456 inc. 1º, 465, 470, 530 y 531, CPPN).

El juez Morin dijo:

1. Adhiero, en lo sustancial, a las consideraciones y solución propuesta por el juez Sarrabayrouse en los puntos 1, 2 y 3 de su voto, relativos al hecho que se tuvo por acreditado en la sentencia, a la subsunción legal que debe asignarse al caso y al reenvío de las actuaciones al *a quo* a fin de que fije una nueva pena teniendo presente las pautas vertidas por el mencionado colega.

2. En torno a la constitucionalidad del art. 50, CP, en los precedentes “Martínez”¹⁸, “Benavidez”¹⁹, “Sarno”²⁰, “García”²¹ y “Medina”²² —entre otros— se dejó en claro que nuestro máximo tribunal ya ratificó en el fallo “Arévalo”²³ la constitucionalidad del instituto por remisión a la doctrina permanente de la Corte, explicitada en “Gómez Dávalos”²⁴, “L’ Eveque”²⁵ y “Gramajo”²⁶, aún después de que adquirieran rango constitucional la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por lo tanto, las objeciones del recurrente ya han sido materia de análisis de nuestro más Alto Tribunal, el cual, 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.

Sobre la inaplicabilidad de la declaración reclamada en subsidio coincido, aunque por motivos diferentes, con la solución a la que arriba el juez Sarrabayrouse en el punto 4 de su voto.

La defensa arguye que los datos colectados en la causa no permiten establecer si su asistido cumplió pena en calidad de condenado en el marco de esa condena.

Según surge de la fundamentación de la sentencia recurrida, el *a quo* consignó que la condena impuesta por el entonces Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 de esta ciudad “*adquirió firmeza el 7 de mayo de 2014, con excepción de la declaración de reincidencia, que fue declarada firme el 30 de septiembre del mismo año*”. Luego, concluyó que “*la pena aplicada en esa oportunidad al imputado, había pasado en autoridad de cosa juzgada y en ese carácter, de condenado firme, agotó la sanción que le había sido aplicada*” el día 16 de septiembre de 2014.

¹⁸ Causa “Martínez, Alejandro César”, n° 25081/15, rta. el 10/11/17, reg. n° 1137/17.

¹⁹ Causa “Benavidez, José Fernando”, n° 2747/14, rta. el 23/02/17, reg. n° 113/17.

²⁰ Causa “Sarno, Cristobal Fayek”, n° 49723/13, rta. el 8/10/15, reg. n° 535/15.

²¹ Causa “García, Oscar Efraín”, n° 19979/08, rta. el 18/09/15, reg. n° 471/15.

²² Causa “Medina, Lucas”, n° 17733/12, rta. el 3/09/15, reg. n° 406/15.

²³ Causa “Arévalo, Martín Salomón”, n° 11.835, rta. el 27/5/14, A.558.XLVI.

²⁴ Fallos 308:1938.

²⁵ Fallos 311:1451.

²⁶ Fallos 329:3680.

En un contexto como el de autos, en el que según el propio tribunal la sentencia adquirió firmeza en dos momentos diferentes, los jueces no explicaron suficientemente por qué tomaron la fecha escogida –que en el caso, además, resultaba la más perjudicial para el imputado– al concluir que Alvez cumplió pena en carácter de condenado en esa causa.

Por esta razón, se advierte que existió un déficit de fundamentación en este aspecto de la decisión recurrida, lo que conduce a hacer lugar a este agravio y dejar sin efecto la declaración de reincidencia dispuesta por el *a quo*.

3. Sobre esta base, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Leandro Martín Alvez, casar los puntos I y II de la sentencia impugnada, modificar la calificación legal allí escogida por la de robo simple en grado de tentativa en concurso real con lesiones graves, dejar sin efecto la declaración de reincidencia y reenviar las presentes actuaciones al tribunal de origen a fin de que, tras la realización de una nueva audiencia, establezca la pena aplicable al caso, con los parámetros explicitados por el juez Sarrabayrouse en el punto 3 de su voto, sin costas (arts. 456, incs. 1º y 2º, 465, 468, 469, 470, 471, 530 y 531, CPPN).

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

HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa de Leandro Martín Alvez, **CASAR** los puntos I y II de la sentencia de fs. 202/231, **MODIFICAR** la calificación legal allí establecida por la de robo en grado de tentativa en concurso real con lesiones graves, **DEJAR SIN EFECTO** su declaración de reincidencia y **DISPONER EL REENVÍO** de las actuaciones para que el tribunal *a quo* establezca una nueva pena, dadas las particularidades del caso, teniendo en cuenta las pautas expuestas en el punto 3 del voto que lidera el acuerdo. Sin costas (arts. 42, 44, 50, 55, 90 y 164 CP; 456 incs. 1º y 2º, 465, 470, 530 y 531, CPPN).

Se deja constancia que conforme surgió de la deliberación y en razón del voto coincidente de los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse y Daniel Morin, el juez Horacio Días no emite su voto por aplicación de lo que establece el art. 23, último párrafo, CPPN (texto según ley 27.384, B.O. 02 octubre de 2017, que ha entrado en vigencia según el art. 8).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13, CSJN; Lex 100) y remítase al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 22, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

EUGENIO SARRABAYROUSE

DANIEL MORIN

PAULA GORSO
Secretaria de Cámara

