

Reg. n°543/2018

///n la ciudad de Buenos Aires, a los 21 días del mes de mayo 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 señores jueces Daniel Morin, Horacio Leonardo Días y Eugenio Sarrabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial del imputado Marcos Sebastián Gutiérrez a fs. 868/906 en el marco del expediente CCC 16.737/15/TO1/CNC2, caratulado **“Gutiérrez, Marcos Sebastián s/robo con armas”**, del que **RESULTA:**

I.- Que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 5 de esta ciudad resolvió:

“CONDENAR a MARCOS SEBASTIÁN GUTIÉRREZ (...) por ser autor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido con arma en concurso real con resistencia a la autoridad que concurre idealmente con lesiones leves, a la **PENA DE SIETE AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS** (artículos 12, 29 inciso 3°, 45, 54, 55, 89, 166, inciso 2°, primer supuesto y 239 del Código Penal, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)” —fs. 804/5—.

Para así decidir, tuvo por probados los siguientes extremos:

Hecho I

El 20 de marzo de 2015, aproximadamente a las 19:20 horas, Eduardo Gabriel Lema transitaba la calle Esmeralda —frente a la plaza Roberto Arlt—, cuando fue sorprendido por una persona de sexo masculino que le dio un golpe con un palo en la cabeza y otros en el rostro, se apoderó de su teléfono celular, su billetera con documentación personal, una cédula de automóvil y dinero en efectivo, tras lo cual se retiró por la misma arteria hacia Bartolomé Mitre.

La víctima fue asistida por personal de la comisaría 3ª de la Policía Federal Argentina, a quienes relató lo sucedido. Describió a su

atacante como una persona robusta, de estatura mediana, cabello corto, que vestía una remera clara y bermudas.

Los efectivos solicitaron la presencia de una ambulancia del SAME, que trasladó a Lema hacia el hospital “Argerich”, con diagnóstico de “traumatismo de cráneo, politraumatismo y herida cortante”.

Minutos después se desplazaron hacia a la intersección de las calles Suipacha y Viamonte, alertados por la presencia en el lugar de una persona o personas de sexo masculino que presuntamente comerciaban con estupefacientes.

Al arribar divisaron a un individuo vestido con remera color verde clara y pantalón de jean, que portaba una bolsa roja en una de sus manos y que, al advertir la presencia policial, se inquietó e intentó alejarse, motivo por el cual fue demorado. Se le requirió su documentación y se lo requisó, con resultado negativo.

En esas circunstancias, el sospechoso arrojó al suelo la bolsa mencionada. Al ser revisada, se observó que contenía una billetera abierta con dinero y documentación, entre ella, un documento de identidad a nombre de Eduardo Gabriel Lema.

En el marco de la requisita personal se constató asimismo que el imputado vestía debajo del jean un pantalón bermuda.

Ante ello, se procedió a la detención de quien fue identificado como Marcos Sebastián Gutiérrez y al secuestro de: una billetera de color marrón y rojo con la inscripción “Argentina”; un teléfono negro “LG” con chip de “Movistar” n°8954078100636807 799; un documento de identidad tipo tarjeta n° 11.738.472 a nombre de Eduardo Gabriel Lema; un carnet de conducir de la Provincia de Buenos Aires n° 11.738.472 también a nombre de Lema; una cédula de identificación del vehículo Renault “Megane” dominio CQM-218; una tarjeta SUBE n° 6061 2673 4768 0140, la suma de pesos cuatrocientos (\$400.-) en moneda nacional y un billete de un dólar estadounidense, todo lo cual se encontraba en la bolsa color roja con la leyenda “Gaelle”.

Debido a que al momento de la detención el imputado se encontraba rodeado por varias personas de sexo masculino,

aparentemente conocidas suyas, quienes evidenciaron hostilidad hacia el personal policial, se lo introdujo en el interior del móvil de la fuerza con el objeto de evitar que fuera rescatado por los otros individuos allí presentes y que se fugara.

Se requirió entonces la presencia de dos testigos y se labró el acta de estilo.

Hecho II

El *a quo* estimó asimismo acreditado que al llegar en el móvil policial a la Seccional 3ª de la PFA, el encausado se negó a descender del vehículo para ingresar a la comisaría, razón por la cual se trabó un forcejeo con los efectivos.

A fin de lograr su descenso, el agente Franco Ezequiel Argañaraz subió al rodado y recibió un cabezazo en el rostro por parte de Gutiérrez que lo lesionó, tras lo cual finalmente consiguió trasladarlo al recinto destinado a los detenidos —cfr. fundamentos de la sentencia, anejada a fs. 819/40—.

II.- Contra esa resolución, la defensa oficial del imputado interpuso recurso de casación (fs. 868/906), que fue concedido (fs. 908) y oportunamente mantenido ante esta instancia (fs. 914).

III.- La Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal le otorgó al recurso presentado por la defensa el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación.

IV.- Luego de que resultara sorteada para intervenir esta Sala II, en el término de oficina la parte recurrente amplió sus fundamentos —cfr. art. 466, CPPN— (fs. 919/25).

V.- Superada la oportunidad prevista por los arts. 465 y 468, CPPN, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

CONSIDERANDO:

El juez Morin dijo:

La defensa de Marcos Sebastián Gutiérrez fundó sus agravios en ambos incisos del art. 456, CPPN, y distinguió los siguientes motivos:

1.- Arbitrariedad en el rechazo de los planteos de nulidad articulados por la defensa en la oportunidad prevista por el art. 393, CPPN.

El defensor efectuó inicialmente una reseña de lo ocurrido en el debate. Explicó que, una vez abierto y a raíz de la incorporación del certificado de defunción de Lema y de una pericia médica, el representante del MPF solicitó la ampliación de la acusación con relación al primer tramo de comportamiento enrostrado, en el entendimiento de que el deceso constituía un “hecho nuevo”.

El fiscal sostuvo que el deterioro en la salud y el posterior fallecimiento del damnificado colocaban el accionar de Gutiérrez dentro de los dos supuestos de agravación del delito de robo reprochado, contemplados por el código de fondo: el del art. 166, inciso 1º, CP —robo agravado por lesiones graves— y el del art. 165, CP —robo con resultado de muerte—.

La defensa se opuso a la petición de la acusación pública. Arguyó que el art. 381 del código de procedimiento nacional contempla dos únicos supuestos en los que tal pretensión resulta viable, a saber: a) cuando de las declaraciones del imputado o del debate surgieren nuevos hechos que integren un delito continuado, o bien b) cuando surgieren circunstancias agravantes de la calificación no contenidas en el requerimiento fiscal o en el auto de remisión, pero vinculadas al delito que las motiva; ninguno de los cuales —a su entender— se verifica en el caso.

Esgrimió, por un lado, que el hecho respecto del cual se pretendió ampliar la acusación —hecho I— consistió en una acción de desapoderamiento con violencia, referida a un único acto humano de agresión que tuvo comienzo y final, de modo tal que mal podría aparecer vinculado a otro acto componente de un mismo entramado fáctico que deba ser analizado como una continuación delictiva.

De otra parte, argumentó que tampoco en el caso se verifica un supuesto de introducción de una incidencia agravante del delito de robo, sino que el resultado muerte es un hecho distinto que no formó parte de la plataforma fáctica de la acusación primigenia.

Refirió que las agravantes son circunstancias accidentales al delito —que pueden concurrir o no durante su comisión—, que tienen por efecto modificar la responsabilidad criminal de un sujeto determinando en un mayor *quantum* de pena por representar una mayor antijuridicidad de la acción y/o un *plus* de culpabilidad en el agente.

Advirtió que en el caso de autos, contrariamente, la ampliación importó la integración de un hecho distinto, de un modo que no agravó ni resultó accesorio a la figura del robo; que el resultado muerte es parte integrante del delito complejo previsto por el art. 165, CP, de tal suerte que la supresión de aquella circunstancia apareja la desarticulación definitiva sobre la posibilidad de aplicar la norma.

Adujo que ante tal escenario el tribunal oral debía actuar según lo normado por el art. 401, CPPN, reenviando la investigación a la instancia anterior para la adecuación del objeto procesal, pues lo contrario importaría una grave afectación al principio de congruencia.

Pese a la oposición de la parte, los jueces resolvieron hacer lugar a la solicitud del fiscal; de manera que, subsidiariamente, solicitó que se habilitara la instrucción suplementaria en los términos del art. 357, CPPN.

Finalmente, para el caso de que tampoco se hiciera lugar a tal alternativa, la asistencia técnica de Gutiérrez requirió la suspensión del debate por un lapso no menor a 30 días, en virtud de la necesidad de investigar, analizar y verificar el testimonio de más de una veintena de médicos y cuatro nosocomios que se identificaban en la cadena causal entre la agresión imputada a su pupilo y la muerte del damnificado.

Así las cosas, el *a quo* resolvió:

a) que la solicitud de ampliación constituía una nueva prueba que se agregaba a la base fáctica del objeto de la acusación originaria, y que había sido presentada como circunstancia de agravación de la calificación;

b) que no se trataba de un hecho diverso y que por esta circunstancia se rechazaba la aplicación del art. 401 y el reenvío a la instrucción, etapa que consideraron precluida;

c) que, asimismo, correspondía rechazar la instrucción suplementaria porque se trataba de otra etapa precluida, sin perjuicio de la posibilidad de que la parte ofrezca prueba en los términos del art. 381, CPPN;

d) que correspondía hacer lugar a la suspensión por el término de cuatro días, no obstante lo cual procederían a recibir los testimonios de quienes se encontraban en la antesala del tribunal, toda vez que lo contrario dilataría innecesariamente el juicio y representaría un detrato para los deponentes convocados, a quienes luego sería difícil localizar. Ello así, dejando a salvo la posibilidad de que la defensa propusiera una nueva convocatoria de estos testigos al ofrecer prueba a tenor del art. 381, CPPN.

En la oportunidad prevista por el art. 393, CPPN, el representante del MPD planteó la nulidad de la decisión alcanzada por el tribunal, la que tachó de arbitraria.

Alegó, por un lado, que los jueces apreciaron que la muerte del damnificado constituía “nueva prueba” sobre una misma base fáctica, cuando el fiscal refirió a un “nuevo hecho”. Ello, desde su perspectiva, daría cuenta de una afectación de la imparcialidad, toda vez que habrían incorporado, a instancia propia, una tesis sobre la ampliación de la acusación que difería de la postulada por el acusador público.

Insistió en los argumentos expresados inicialmente —a los que remitió— y añadió que al autorizarse la ampliación de la intimación por un supuesto que entendía ajeno a los contemplados en el art. 381, CPPN, se habría producido una mutación de la base fáctica —dada por el resultado muerte— que redundó en la vulneración del principio jurídico de congruencia, y de los principios de lógica formal tales como identidad, no contradicción, tercero excluido y razón suficiente.

En otro orden, tachó de auto—contradictoria la determinación del tribunal de juicio que, al tiempo en que resolvió suspender la audiencia —por un plazo exiguo en relación con el peticionado por la parte—, habilitó en el curso de esa pretendida suspensión la recepción de la totalidad de los testimonios ofrecidos hasta ese momento.

Agregó que ello ocurrió en un marco en el cual la defensa había expresado la dificultad probatoria que se aperturaba.

Manifestó que las razones alegadas por los jueces de la anterior instancia para continuar el debate mal podían compararse con la afectación del debido proceso legal, y que se expuso a la defensa a que participe de un debate oral y público con una acusación gravísima de último minuto, sin permitirle estudiar la cuestión, adecuar los pliegos de los conainterrogatorios, aportar y ofrecer prueba de descargo y ordenar una teoría del caso de un modo que garantizara acabadamente el derecho de defensa en juicio de Gutiérrez, de acuerdo a los parámetros asentados por la CSJN en el caso “*Benitez*”.

La defensa encontró así en la resolución que hizo lugar a la ampliación de la acusación una lesión directa a principios constitucionales tales como el debido proceso y la inviolabilidad de la defensa en juicio. Igualmente, impugnó la determinación del *a quo* de rechazar la instrucción suplementaria y de no practicar en los hechos la suspensión de la audiencia, todo lo cual estimó violatorio de los arts. 18, CN; 75, inc. 22, CN; 18 y 26, DADH; 10 y 11.1, DUDH; 8.1 y 8.2, b), c), y f), CADH; y 14, inc. 1, 2 y 3 —b) y e)—, PIDCP, de conformidad con lo resuelto por la Corte IDH en los casos “*Cabrera García Montiel y Montiel Flores vs. México*” —sentencia del 26/11/2010—; y “*Jvs. Perú*” —sentencia del 20/11/2014—.

En consecuencia, postuló la nulidad del decisorio de mención en los términos de los artículos 123, CPPN —que exige la motivación de los autos y sentencias bajo pena de nulidad—, 168, segundo párrafo —en cuanto establece que las nulidades que afectan garantías constitucionales pueden ser dictadas en cualquier estado y grado del proceso— y 172, primer párrafo —que fija la regla de exclusión—. Fundó su petición, así también, en los casos “*Sandoval David*” (333:1687), “*Polak*” (321:2826), y “*Kang*” (330:2265) resueltos por el máximo tribunal —en punto a la imposibilidad de retrogradar el proceso en perjuicio del acusado—, y reclamó, por consiguiente, la absolución de su asistido en los términos del art. 402, CPPN.

Acto seguido solicitó, en los mismos términos y por análogas razones, la nulidad del dictamen fiscal. Refirió que el acusador público deliberadamente aludió a un supuesto “nuevo hecho”, respecto del que no quedaban dudas de que se trata de un hecho diverso que mutaba la base fáctica.

Este planteo fue rechazado por el tribunal de juicio —que lo juzgó extemporáneo— y, contra esa decisión que la recurrente considera falta de motivación, es que acude ante esta instancia.

1.1.- En el marco del recurso impetrado, el defensor reiteró los fundamentos previamente reseñados, respecto de los cuales realizó un extendido análisis.

Aclaró que aun cuando el veredicto condenatorio no fue pronunciado en razón de los arts. 166, inciso 1º, CP y 165, CP, la parte sufrió un perjuicio efectivo producto de una resolución arbitraria que, interpretando erróneamente el art. 381 del código de procedimiento penal nacional, mutó la base fáctica de un modo que no permitió a la defensa preparar adecuadamente su estrategia, puesto que el debate no rondó desde ese momento en torno a la acusación por un delito contra la propiedad, sino en derredor de un reproche que atribuía a su asistido la pérdida de una vida.

En consecuencia, instó a que se case la sentencia impugnada en cuanto rechazó el planteo nulificante de la parte —a su entender, tomando en soledad la caducidad del art. 170, CPPN, sin atender a la prescripción del art. 168, segundo párrafo, del mismo cuerpo normativo—; se le brinde tratamiento a las nulidades absolutas planteadas y, en consecuencia, se decrete la nulidad del juicio y la absolución de su asistido.

1.2.- El planteo de la parte se dirige, en primer lugar, a cuestionar la decisión del tribunal de rechazar las nulidades intentadas por considerarlas extemporáneas y, luego, a reclamar el tratamiento de las objeciones propiamente dichas con relación a la admisión de la ampliación acusatoria.

Se advierte, sin embargo, que más allá del acierto o error procedimental que pudiera predicarse acerca de la determinación del *a*

quo en función de lo normado por el art. 381, CPPN, y de cualquier análisis que pueda efectuarse con relación al tino de rechazar el planteo nulificante en los términos del artículo 170, inciso 3º, del mismo cuerpo normativo, la condena finalmente alcanzada respecto del imputado no recogió los términos de la acusación ampliada por el MPF, sino que se circunscribió a la plataforma fáctica endilgada a Gutiérrez en la ocasión prevista por el art. 346, CPPN.

De allí resulta que la recurrente no introdujo en este punto un agravio real y efectivo que merezca ser subsanado, y que es el presupuesto básico de cualquier reforma o revocación.

El remedio casatorio demanda, por parte de quien acude a esta instancia, un interés tendiente a reparar un perjuicio material o procesal concreto. En ese sentido se ha expedido la CSJN al exigir para la procedencia de una nulidad la existencia de un interés jurídico afectado, en el cual reside la medida del agravio. Ello impide que se admitan los que sólo son conjeturales, intereses “éticos” o “de la ley” (cfr. CSJN, Fallos 297:108, 294:34, y en el mismo sentido, 266:313, 272:167, 300:869, 302:1013, 306:1698, entre otros).

Los efectos de la decisión cuya invalidación pretende la defensa —por vía de la declaración de nulidad del dictamen fiscal y/o de la resolución del tribunal de juicio que resolvió admitirla— se diluyen en el pronunciamiento condenatorio, cuyo sustrato fáctico —y la subsunción jurídica consecuente— se corresponde con los hechos por los cuales Gutiérrez fue intimado en la acusación, de modo que no se cristaliza un agravio para la parte, que tampoco alcanza a demostrar en qué medida el perjuicio que alega pudo afectar su defensa con relación a los sucesos por los cuales finalmente el imputado resultó condenado.

Hacer lugar a la pretensión defensiva en el escenario delineado y en defecto de gravamen actual importaría, lisa y llanamente, el dictado de una nulidad por la nulidad misma.

Es en este entendimiento que el cuestionamiento no tendrá acogida favorable en esta instancia.

1.3.- Ahora bien, la recurrente, reconociendo esta circunstancia, sugirió que aun sin verse reflejada en la condena, la resolución que

admitió la ampliación de la acusación habría resultado lesiva del debido proceso y de la defensa de Gutiérrez.

Por tal motivo, es dable realizar una serie de consideraciones tendientes a despejar, igualmente, esa posibilidad.

En este sentido, un atento examen de lo actuado en el expediente revela con toda claridad la posibilidad efectiva y acabada que la parte tuvo para diseñar su estrategia de defensa.

En primer lugar, cabe hacer notar que el requerimiento de elevación a juicio fue presentado por el MPF el 23 de junio de 2015 (fs. 228/33).

Allí la fiscalía acusó a Gutiérrez por un hecho claro, preciso y circunstanciado, consistente en *“haberse apoderado ilegítimamente de los elementos de propiedad de Eduardo Gabriel Lema, el día 20 de marzo de 2015, cerca de las 19:20 horas, en la calle Esmeralda frente a la Plaza Arlt de esta ciudad (...) Para tal fin (...) le propinó un golpe con un palo en la cabeza y golpes en el rostro (...) Acto seguido y tras el arribo de personal policial de la seccional 3ª de la P.F.A., se solicitó la presencia de la ambulancia de SAME, arribando el interno n° 297, a cargo de la Doctora Liguori, quien asistió al damnificado y lo trasladó al Hospital Argerich con diagnóstico “Traumatismo de cráneo, politraumatismo y herida cortante”.*

Continuando con la descripción fáctica, el acusador público explicó que posteriormente el personal policial fue desplazado a la intersección de Suipacha y Viamonte alertados por la presencia de varios masculinos comercializando estupefacientes, y que al llegar *“un sujeto que vestía una remera de color verde clara, pantalón de jeans y zapatillas y que poseía en una de sus manos una bolsa de color roja”*, al percatarse de la presencia de personal policial, intentó darse a la fuga, por lo que fue demorado, requiriéndosele su pertinente documentación, previo a efectuársele un cacheo superficial con resultados negativos.

En ese acto el individuo arrojó al suelo la bolsa roja antes descripta, en la que se encontró documentación personal a nombre de Lema, que fue minuciosamente detallada.

A continuación el imputado “*se bajó el pantalón de jeans que vestía con el fin de ser requisado y se pudo apreciar que el mismo vestía por debajo del pantalón, una bermuda*”.

Explicó que, ante ello, se procedió a la detención de Gutiérrez y al secuestro de los elementos, que pocos minutos antes habían sido sustraídos al damnificado.

Con relación al segundo hecho, el acusador puntualizó que luego del procedimiento el detenido fue introducido en el móvil policial y que, al arribar a la seccional 3ª de la PFA, se negó a descender del rodado, por lo cual se trabó en lucha con los preventores que lo trasladaban. Producto de esa reticencia, el Agente Argañaraz “*subió al móvil policial por la parte de atrás a fin de colaborar con su descenso, recibiendo a cambio por parte del detenido un cabezazo en el rostro, resultando lesionado, no obstante, logró hacerlo descender y llevarlo a un recinto destinado para los detenidos*” (fs. 228/233).

Cuando habían transcurrido escasos días de formulada la presentación del fiscal a tenor del art. 346, CPPN —puntualmente el 17 de julio de 2015—, se recibió en el tribunal la notificación del fallecimiento de Eduardo Gabriel Lema (cfr. nota actuarial de fs. 261), y el mismo día se cursó a la acusación y a la defensa (cfr. fs. 261).

Al tomar noticia de lo ocurrido, el fiscal Yapur solicitó inmediatamente la realización de la autopsia en los términos del art. 264, CPPN, a la que el tribunal hizo lugar (fs. 262). La defensa propuso entonces los peritos de parte (fs. 266).

Se requirió asimismo la remisión de las historias clínicas del damnificado a los hospitales Santojanni, Nuestra Señora del Carmen de Zárate y Fernández.

Fue con posterioridad a ello que, en el curso del plazo previsto por los arts. 354 y 357, la asistencia técnica de Gutiérrez solicitó al tribunal la realización de un amplio informe socio-ambiental respecto de su pupilo a través del Patronato de Liberados y, oportunamente, su incorporación por lectura (fs. 354). Ninguna medida requirió u oposición formuló con relación a las diligencias propuestas por el acusador.

Luego se recibió en el tribunal el informe labrado por el Departamento de Tanatología de la Morgue Judicial. De las conclusiones

de los expertos se desprende que “*la muerte de Eduardo Gabriel Lema, fue producida por congestión y edema pulmonar. Neumopatía. Traumatismo encefalocraneano*”. Allí consta la intervención en el examen de la perito de parte ofrecida por la defensa, Dra. Ruth Aída Caridad Semeszczuck (fs. 355/65).

Ese mismo día, a saber, el 11 de agosto de 2015, ambas partes fueron debidamente notificadas (fs. 479).

Acto seguido fue el fiscal quien, en el término de la instrucción suplementaria, solicitó la incorporación del acta de defunción de Lema y las conclusiones de la autopsia realizada por el Cuerpo Médico Forense (fs. 472/3).

Con fecha 23 de diciembre de 2015, esto es, más de cuatro meses más tarde, el defensor Silva presentó un escrito ofreciendo nuevas pruebas de las que habría tomado conocimiento en el marco de una entrevista personal con su defendido. Solicitó, así, que se librara oficio al Centro de Monitoreo Urbano a fin de que informe y en su caso remita las imágenes que pudieran haber captado las cámaras el día y hora de los acontecimientos en la intersección de Avenida de Mayo y Esmeralda (fs. 551).

Más adelante amplió su ofrecimiento de prueba el fiscal Yapur. En esa oportunidad, expresó de manera clara que del fallecimiento de Lema y la autopsia practicada “*surge en las presentes actuaciones un hecho nuevo que a la luz del art. [381], CPPN, debe ser probado con la correspondiente partida de defunción*”, motivo por el cual, conforme a lo normado por el art. 388, CPPN, adelantó “*que al momento de celebrarse la audiencia de debate solicitaré sea incorporada copia del certificado de defunción expedida por el Registro Nacional de la Personas*” (cfr. fs. 559)

El tribunal proveyó luego la prueba ofrecida por las partes y, en lo pertinente, admitió la incorporación al debate del informe del Cuerpo Médico Forense, la partida de defunción de la víctima y las historias clínicas remitidas por los tres nosocomios mencionados (fs. 574/7).

El día 3 de octubre de 2016 se abrió el debate y, durante la etapa relativa a las cuestiones preliminares, el fiscal solicitó —como había adelantado— que se incorpore la partida de defunción de Lema, agregada

a fojas 622. Sobre esa base hizo uso de la facultad que le confiere el artículo 381, CPPN, de ampliar la acusación que pesaba sobre Gutiérrez.

Finalizada su exposición y explicada la situación al imputado, éste manifestó que entendió cuanto le había sido informado.

Se le concedió entonces la palabra a la defensa para que ejerza los derechos de esa parte, que se opuso a la petición fiscal por los fundamentos que fueron reseñados precedentemente y constan en el acta de juicio.

En subsidio, solicitó que se habilitara la instrucción suplementaria y la suspensión de la audiencia por un plazo no menor a treinta días hábiles.

El Tribunal consideró que la ampliación del requerimiento solicitada por el fiscal era procedente y notificó a las partes su decisión, otorgando un plazo de cuatro días hábiles para que la defensa ofreciera la prueba que considerara conducente a su pretensión, sin perjuicio de continuar la audiencia escuchando a los testigos convocados para ese día, destacando que habida cuenta de la ampliación formulada por el fiscal, si fuera necesario para la defensa serían convocados nuevamente.

Pues bien, los testimonios fueron recibidos y la defensa ofreció la prueba que estimó pertinente en el plazo concedido, que fue aceptada por el tribunal. Cabe destacar que el ofrecimiento no incluyó la concurrencia de ninguno de los testigos cuyas declaraciones habían sido ya recibidas, acto que la parte pretende ahora habría afectado el ejercicio de la defensa.

Se incorporó seguidamente el resto de la prueba (fs. 574/577), las partes formularon sus respectivos alegatos y réplicas, y el tribunal pasó a resolver.

Entonces bien, es dable recordar —como lo señalé en la causa “*De Rosa*” del registro de esta Sala (expte. n° CCC 38834/2012/TO2)—, que el principio de congruencia, como garantía del imputado, exige que exista identidad en el hecho que se juzga entre la acusación y la sentencia.

Existe, empero, una excepción a esta regla, que es —precisamente—, aquella prevista en el art. 381 del código de

procedimiento penal nacional, en cuanto contempla de manera expresa la posibilidad de que se amplíe la acusación ante el eventual surgimiento de nuevos hechos susceptibles de agravar la calificación —tal el caso de la muerte de Lema, desconocida para la fiscalía en la ocasión prevista por el art. 346, CPPN—.

En ese supuesto, lo que la norma prevé es que el presidente de la audiencia le informe al imputado ese nuevo hecho o circunstancias que se le atribuyen y que su defensor tenga el derecho de pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa, lo que así ocurrió en el caso bajo examen.

Lo que se tutela, en todo caso, es que el imputado tenga la posibilidad de defenderse adecuadamente de la ampliación de la base fáctica y del cambio de calificación que aquélla pueda implicar.

Aquí la defensa tuvo sobradas ocasiones y amplios márgenes para proponer prueba conducente, primero, durante la instrucción suplementaria —etapa que tardíamente pretendió reabrir en el debate— y luego en el plazo otorgado en los términos del art. 381, CPPN, y ello así, incluso, respecto de un tramo que finalmente no le fue reprochado.

No se advierte de qué elemento de convicción pudo verse privada de aportar y tampoco los ha precisado la parte.

Más aun, se agravia por la recepción de testimonios que, teniendo ocasión de hacerlo, no volvió a requerir, por lo cual tampoco allí se vislumbra el perjuicio ocasionado.

Pese a su reclamo, el expediente demuestra que se ha podido desplegar una defensa amplia y eficaz, por lo cual el intento de la recurrente en este sentido tampoco habrá de prosperar.

2.- Arbitraria valoración de las pruebas rendidas en el debate.

La defensa acude igualmente en casación en los términos del art. 456, inc. 2, CPPN, al considerar inconsistente y falto de fundamentación el pronunciamiento condenatorio de Gutiérrez.

En este aspecto, la crítica se funde con el planteo de nulidad del procedimiento de detención y requisita de su asistido, que introduce como tercer agravio, puesto que los mismos hechos que el defensor sostiene

que fueron arbitrariamente sopesados por el tribunal —y en función de lo cual solicita se case el decisorio impugnado— luego cimentan el planteo nulificante.

Si bien la exposición resulta por tal motivo común a ambos cuestionamientos, se abordará cada uno de ellos por separado a los efectos de brindar una respuesta sistemática a los distintos agravios introducidos.

2.1.- Con relación al hecho I, el defensor arguyó que no se encuentra debidamente corroborado que Gutiérrez fuera el autor del hecho de agresión y desapoderamiento juzgado, a la vez que señaló que tampoco logró probarse que el ilícito hubiera sido cometido con un palo o con un elemento contundente.

Afirmó, en primer lugar, que la autoría fue construida exclusivamente sobre la base del relato del preventor Oscar Alejandro Vittone, a quien acusó de haber incurrido en falso testimonio en perjuicio del acusado en la audiencia de debate.

Señaló, al respecto, que la versión del policía acerca de los motivos de la detención de Gutiérrez fue contradictoria en diversos aspectos, a saber:

- En la audiencia, el testigo sostuvo que cuando arribó a la intersección de Suipacha y Viamonte en razón del aviso acerca de la presunta presencia de un masculino comercializando estupefacientes, vio a una persona en esa esquina, que ni bien advirtió la presencia del móvil evidenció “nerviosismo”, un balanceo en su cuerpo y arrojó una bolsa que llevaba en la mano, en la que luego se halló la documentación de Lema. Indicó también que, en ese momento, teniendo en cuenta las características de vestimenta y fisonomía que eran compatibles con las que había aportado Lema respecto de su agresor —una persona robusta, de contextura media, que vestía bermudas y una remera de manga corta—, procedió a su detención, labrando las actas de estilo, para lo cual requirió la presencia de dos testigos.

- Al deponer en la instrucción, sin embargo, Vittone refirió que en el instante en el que divisó inicialmente a Gutiérrez usaba un pantalón de jean, descripción que no se corresponde con aquella proporcionada

por Lema y que, en consecuencia, no pudo haber motivado la detención y posterior requisita. Añadió que el nerviosismo que el efectivo policial dijo haber visto en Gutiérrez tampoco justificaba su aprehensión, máxime cuando declaró que las personas que estaban en la intersección mencionada se encontraban allí paradas “sin hacer nada”.

- Las versiones brindadas en el debate y en la instrucción, por otra parte, resultarían incompatibles con lo atestado en las actas de procedimiento, en el marco de las cuales se consignó que luego de ser detenido, se le pidió a Gutiérrez que se identifique y se le hizo un cacheo superficial con resultados negativos, que fue en ese momento cuando arrojó la bolsa al piso. El defensor enfatizó en que en el acta de detención se consignó expresamente que luego de observar los efectos en la bolsa, el acusado “*al momento de la demora se bajó el pantalón de jeans con el fin de que el dicente lo requiese, pudiendo apreciar que el mismo vestía por debajo del pantalón de jeans otra bermuda*”. Sobre este punto, puso de resalto que si la bolsa fue arrojada después, no pudo invocarse —tampoco— como fundamento previo para proceder con las injerencias a la libertad e intimidad que a su entender se verificaron.

- La recurrente apuntó a continuación que, al ser confrontados sus dichos por el tribunal, Vittone manifestó que la verdad de lo ocurrido era aquella consignada en la instrucción, sin perjuicio de lo cual en la sentencia se tuvieron por válidos sus dichos vertidos en el debate, en punto a que la bolsa habría sido arrojada en el momento en que arribó el móvil policial, y previo a su detención e identificación. Más aun, agregó, la sentencia resulta auto-contradictoria cuando a fs. 21 señala que se requisó a Gutiérrez con resultado negativo y en esas circunstancias arrojó la bolsa que portaba, relato que se opone a lo afirmado en otros tramos del pronunciamiento (fs. 23).

- Llamó asimismo la atención sobre la circunstancia de que se acuse a su pupilo por resistencia a la autoridad, pero al mismo tiempo se valide lo expresado por Vittone en el sentido de que el acusado se habría prestado amable y voluntariamente a exhibir una prenda bajo su pantalón de jean para ser requisado y vinculado a un hecho que habría cometido anteriormente con ese mismo ropaje.

- En apoyo de su argumentación, y pretendiendo con ello evidenciar las contradicciones en las que habría incurrido el testigo, subrayó que en el debate declararon a su vez quienes fueran pareja e hija de Lema —Sra. Santarcieri y Victoria Lema, respectivamente—, que fueron contestes al precisar que cuando aquél les contó el hecho dijo que lo habían agarrado de atrás y lo habían golpeado, sin hacer referencia a un arma ni describir al agresor.

De la reseña efectuada el defensor colige que Vittone habría mentido en el debate con el objeto de eludir el relato atestado en el acta de procedimiento, que describiría un operativo absolutamente irregular e insanablemente nulo. Arguyó, en definitiva, que Gutiérrez fue demorado y requisado sin razón ni fundamento objetivo y que el tribunal de juicio habría tomado fracciones del relato del preventor de manera antojadiza, soslayando sus contradicciones y sin dar cuenta de la base sobre la cual edificó la construcción fáctica.

Por último, hizo hincapié en que los testigos de procedimiento, Spago y Cerda, fueron coherentes al declarar que cuando requirieron su firma los efectos secuestrados ya estaban sobre el móvil policial y que no hubo lectura de derechos alguna. Refirió que en la sentencia atacada el tribunal adujo que hubo falta de recuerdo por parte de aquellos testigos y que ello no afectaba la validez de las actas, en tanto ambos recordaron haber intervenido y reconocieron sus firmas, circunstancia que —advirtió el defensor— no se condice con lo expresado en el juicio por los nombrados.

Destacó que, a más de ello, lo narrado en el decisorio con relación a este punto tampoco sería conteste con lo declarado por Vittone, quien explicó que requirió la presencia de los testigos, precisamente, para dar lectura de los derechos y garantías, y a los efectos del secuestro.

Añadió, en otro orden de ideas, que Cerda fue clara cuando, a preguntas formuladas por la parte, manifestó que el imputado estaba sentado tranquilo, por lo cual no concurrían circunstancias excepcionales que permitieran soslayar el procedimiento legalmente previsto. Desde este punto de vista, el defensor público interpretó que existió una

simulación que se plasmó en las actas, porque la realidad indicaría que el procedimiento se llevó a cabo sin testigos, sin razones que admitan su incorporación tardía, que los derechos no le fueron leídos al detenido y que existió cierta coerción hacia éstos para que suscribieran el documento; verdad ésta que se desprendería de los elementos de cargo reunidos en el debate y que no tuvo su correlato en la sentencia.

2.2.- En cuanto al segundo hecho atribuido a Gutiérrez, el defensor puso de resalto que según se desprende del testimonio brindado en el juicio por el agente Argañaráz, el día de los acontecimientos se le solicitó colaboración para bajar de un patrullero a un detenido que se resistía, quien le pegó un cabezazo.

Subrayó que, sin embargo, cuando se requirió al testigo que brindara mayores precisiones, éste expresó que Gutiérrez estaba sentado y que no recordaba cómo fue que le dio el golpe.

Destacó, igualmente, que al ser consultado por el fiscal acerca del evento que lo damnificó, Argañaraz respondió que el imputado “*estaba quieto, no quería salir nada más*”, y que fue por ello que comenzó a empujarlo para que descendiera, y puntualizó que al segundo empujón el inculcado “se desestabilizó” y le pegó el cabezazo.

Cuestionó luego que solo a instancias del fiscal y mediante preguntas indicativas y sugestivas inapropiadas acerca de si Gutiérrez en algún momento reaccionó tirando golpes frente a los empujones, el testigo —que minutos antes no recordaba cómo se produjo el cabezazo—, respondió que sí.

Advirtió que tales circunstancias fueron soslayadas en su análisis por el *a quo*, lo cual habría conducido a una afirmación arbitraria sobre la materialidad de los hechos y la responsabilidad de su asistido en aquéllos.

Adujo, de otra parte, que la existencia de dudas mal pudo echar por tierra el estado de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, en función del cual correspondía a los jueces inclinarse por la alternativa fáctica más favorable al imputado.

Finalmente, en cuanto a la acreditación de la autoría, cuestionó la falta de un examen riguroso de las cuatro video-filmaciones que se exhibieron en la audiencia, al entender que no era posible determinar

con certeza que alguna de las personas allí presentes fuera en efecto Gutiérrez, por lo cual —a su juicio— los registros debieron ser excluidos como elementos de prueba.

Igualmente, consideró que el tribunal soslayó que el sujeto que figura en la filmación no permanece en el cuadro durante toda la grabación, por lo cual tampoco sería posible afirmar que se trate de la misma persona.

Así, concluyó que la convicción a la que arribaron los jueces resultó de una apreciación arbitraria y volitiva de los elementos probatorios, en razón de lo cual solicitó la absolución de su asistido de conformidad con el art. 402, CPPN, en concordancia con los artículos 18, 33 y 75, inc. 22, CN; art. 14.1, PIDCP y art. 8, CADH.

2.3.- A fin de dar una respuesta al planteo de la defensa, corresponde efectuar un repaso de los elementos de convicción valorados por el *a quo* a para arribar a la descripción fáctica que cimentó el pronunciamiento condenatorio ulterior.

En este sentido, cabe recordar que una adecuada hermenéutica del recurso casatorio a partir del pronunciamiento de la CSJN en el caso “*Casal*” (Fallos: 328:3329), exige de esta Cámara extremar los esfuerzos tendientes a examinar todo aquello que sea susceptible de ser revisado en esta instancia, de lo cual, por su propia naturaleza única e intransferible, resultan exceptuadas las valoraciones que fueron fruto de la intermediación y de la oralidad.

Así, del decisorio impugnado y particularmente del voto del juez Oliden —a cuyo análisis adhirieron los magistrados Pérez Lance y Ruíz López—, se desprende que fueron ponderados los siguientes elementos de cargo:

- Se tuvo en cuenta en lo sustancial la **declaración del inspector de la Policía Federal Alejandro Oscar Vittone**, quien intervino en ambos sucesos (hechos I y II). El efectivo indicó que al arribar al lugar de los acontecimientos que damnificaron a Lema, éste le dijo que una persona lo había golpeado con un palo en la cabeza y que después de sustraerle sus efectos se había fugado. Describió al autor como una persona robusta, de contextura mediana, que vestía bermudas.

Explicó que inmediatamente llamó al SAME, y que el damnificado fue asistido en una ambulancia, que luego lo trasladó a un hospital, con diagnóstico de politraumatismo. Expuso que minutos más tarde fue desplazado a la intersección de las calles Viamonte y Suipacha, ante la advertencia de que unas personas de sexo masculino se encontraban allí comerciando con estupefacientes. Apuntó que al llegar al sitio observó que en la esquina había un individuo que al advertir la presencia del móvil policial arrojó una bolsa al piso —que identificó como aquella que le fuera exhibida en fotografías en el debate—. Precisó entonces que al mirar adentro de ésta, puesto que se habían dirigido allí por el posible comercio de estupefacientes, halló un documento de identidad que correspondía a la persona que momentos antes había sido trasladada al nosocomio, de modo tal que teniendo en cuenta la vestimenta y fisonomía que le había sido aportada por la víctima, procedió a labrar las actas de estilo. Añadió que al imputado se lo notaba nervioso, que se balanceaba dando la sensación de que en cualquier momento podía intentar escaparse, pero que se encontraba lúcido. No aparentaba estar bajo los efectos de ninguna sustancia. Más adelante, y ante la lectura de sus dichos vertidos durante la instrucción, oportunidad en la cual señaló que el autor del hecho vestía pantalones de jean —cfr. foja 1—, precisó que, en efecto, esa era la prenda que usaba, pero que al requisarlo observó que debajo tenía puesta una bermuda. Continuó su relato indicando que luego se procedió a trasladar al detenido a la Comisaría 3° de la PFA, que al arribar el imputado se resistió a bajar del móvil, motivo por el cual el agente Franco Ezequiel Argañaraz ingresó al vehículo por la otra puerta trasera, recibiendo entonces un cabezazo por parte de Gutiérrez que le provocó una lesión en el rostro. Señaló que, igualmente, tomó conocimiento de que el acusado rompió posteriormente la puerta de un calabozo, aunque no presenció personalmente ese hecho.

- El tribunal de juicio valoró, así también, los dichos de **Beatriz del Rosario Santarceri**, pareja de quien en vida fuera Eduardo Gabriel Lema. La nombrada declaró, en lo conducente, que el día de los acontecimientos el damnificado la llamó por teléfono alrededor de las 19:30 horas y le dijo que le habían robado y le “partieron la cabeza”, en

razón de lo cual se encontraba en el hospital Argerich. Refirió que cuando lo fue a buscar, Lema estaba mareado y hablaba despacio. Que le contó en ese momento que estaba caminando por la calle Esmeralda cuando lo agarraron del cuello, lo tiraron para atrás y sintió el golpe. Le dijo asimismo que cuando cayó se dio cuenta de que le habían robado, pero que en ningún momento le dio una descripción del atacante. Explicó, finalmente, que a partir de allí Lema fue desmejorando, no podía hablar, balbuceaba, pero se resistía a internarse. Que logró llevarlo al hospital Santojanni donde le dijeron que tenía contusión cerebral y que debía permanecer internado, pero Lema se negó y se fueron. Narró que días después fueron a un hospital en Zárate, donde tenía médicos amigos, que cuando lo llevaban en el auto ya no hablaba, no estaba orientado en tiempo y espacio, que allí estuvo internado siete días en terapia intensiva y después en sala común unos veinte días más —alrededor de un mes en total— y le dieron el alta. Subrayó que, sin perjuicio de ello, Lema nunca recuperó la noción de tiempo y espacio, que en su casa desmejoró y por tal motivo lo internó luego en el Hospital Fernández, donde permaneció dos meses y falleció. Que allí le dijeron que todo fue producto del golpe que recibió, que había quedado una venita sangrando de modo imperceptible en la tomografía, lo cual le formó un coágulo al costado que le desplazó la línea media del cerebro. Que lo drenaron, tuvo un nuevo sangrado y una segunda operación donde le sacaron “el hueso de la cabeza” para que desinflame, y allí fue cuando falleció.

- **Georgina Victoria Lema**, hija de la víctima, también declaró en el debate oral. La testigo manifestó que su padre le contó por teléfono que lo habían agarrado de atrás, que le golpearon la cabeza y le robaron. Señaló que vio a Lema cuando salió del Hospital de Zárate y ya estaba en su casa, que aquel tenía conciencia parcial, no relacionaba tiempo y espacio y caminaba con dificultad, que luego del golpe nunca volvió a ser el mismo.

- Otro testimonio valorado por los jueces fue el de **Diego Maximiliano Orona**, Ayudante de la Policía Federal Argentina, quien contó que se constituyó en el domicilio del damnificado Lema a fin de

tomarle declaración. Relató que en esa oportunidad el nombrado se encontraba desorientado y no respondía a las preguntas, por lo cual llamó al SAME.

- Por su parte, **Franco Ezequiel Argañaráz** —a su vez efectivo de la Policía Federal Argentina—, recordó que estaba en el interior de la comisaría 3ª cuando lo llamaron para que ayudara a bajar a un detenido que se encontraba dentro de un patrullero y se resistía a salir. Explicó que él subió al vehículo y comenzó a empujarlo para sacarlo, oportunidad en la cual recibió un cabezazo y debió ser atendido por el SAME producto de una inflamación.

- Finalmente, los testigos del procedimiento, **Guillermo Eduardo Spago** y **Virginia Cerda**, ratificaron su intervención y firma consignadas en las actas de detención y secuestro labradas en ocasión de ser habido el inculpado (cfr. fs. 3 y 4). El decisorio impugnado advierte que si bien éstos manifestaron recordar poco del procedimiento, Cerda indicó que entre los efectos que le exhibieron había documentos que no pertenecían al detenido.

- De otra parte, se adunaron al juicio —y conformaron una parte nodal del acervo probatorio ponderado por el tribunal— una serie de videos tomados por cámaras que se hallaban en la zona de los hechos. Puntualmente en la toma que exhibe la intersección de las calles Perón y Esmeralda, en un horario cercano al momento en que el hecho tuvo lugar, se observa al imputado corriendo por la primera arteria con bermuda y remera de manga corta y una bolsa en la mano, que al llegar a la esquina mencionada dobla y se agacha detrás de unas bolsas de gran tamaño que utilizan los cartoneros. Inmediatamente después se advierte el paso de un patrullero. En el mismo video se ve con posterioridad que Gutiérrez se pone un pantalón de jean y sale caminando por la calle Esmeralda, tras lo cual pasa frente a la misma cámara, camina mirando por momentos hacia atrás y lleva consigo la bolsa con la que poco después fue detenido cerca de allí con los documentos y demás efectos de la víctima.

- Completaron la prueba: 1) las actas de detención y secuestro (fs. 3 y 4), suscriptas por los testigos Spago y Cerda; 2) las impresiones

fotográficas del imputado, obrantes a foja 1 del incidente de personalidad; 3) las impresiones fotográficas que dan cuenta de la lesión sufrida por el agente Argañarás (cfr. fs. 13/15); 4) las impresiones fotográficas de los elementos sustraídos, anejadas a fs. 29/30, 45/46; 5) los informes técnicos de los elementos secuestrados (fs. 43/44); 6) el acta de extracción de sangre y orina (fs. 37/39); 7) el informe médico legal de Eduardo Gabriel Lema (f. 124); 8) la constancia de atención médica de Argañaraz (f. 16); 9) constancias policiales de la comunicación telefónica mantenida con la concubina de Lema (fs. 52/53); 10) copia de las historias clínicas de Lema remitidas por: el Hospital Santojanni (fs. 138/143), el Hospital de Zárate (reservadas a fs. 352), y el Hospital Fernández (fs. 187/222, 286/346 y 405/459); 11) el informe labrado con relación a la víctima por el Cuerpo Médico Forense (fs. 225/226); 12) el informe del Laboratorio Químico de la PFA (fs. 152/155, 156, 157/159 y 171/173); 13) las conclusiones de la autopsia de Lema realizada por el CMF (fs. 356/365); 14) el CD-R marca Teltron del Banco Saenz (reservado a f. 474); 15) el DVD-R marca Pelikan del Banco República (reservado a f. 539); 16) el informe de la Superintendencia de Comunicaciones y Servicios Técnicos de la Policía Metropolitana (fs. 616/617); 17) la copia certificada de la partida de defunción de Eduardo Gabriel Lema, remitida por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a fojas 622; 18) el informe de la División Homicidios de la Policía Federal Argentina (fs. 641/642); 19) el informe de CMF de fojas 676/677 que concluyó que las facultades mentales del nombrado encuadran en la normalidad jurídica y que tiene capacidad de comprender y dirigir sus acciones; 20) el informe del SAME de foja 694; 21) los informes confeccionados por los nosocomios Santojanni, Virgen del Carmen, Argerich y Fernández (agregados a fs. 739, 740/741, 742/745 y 746/747, respectivamente); y 22) el legajo para el estudio de la personalidad del imputado.

2.4.- Se trata, sin lugar a dudas, de un cúmulo de evidencias profuso y categórico, que sirvió de base a los magistrados actuantes en el debate para demostrar la existencia material del hecho que damnificó a Lema, y la autoría de Gutiérrez.

Contrariamente a lo que sostiene la defensa, el aserto que se sigue de la sentencia se encuentra debidamente fundado a partir de un juicio de valor crítico que se efectuó sobre los elementos de cargo reunidos, en el que se observó y evaluó la prueba conforme a las reglas de la sana crítica racional que rige la materia (art. 398, CPPN).

Tal es así que, en ocasión de emitir su voto, el Dr. Oliden efectuó el siguiente razonamiento, que se transcribe pues resulta conducente a los efectos de dar una acabada respuesta a la parte:

“[p]or los dichos del oficial Vittone se sabe que la víctima le contó el hecho sufrido conforme las circunstancias de tiempo, lugar y modo relatadas en el requerimiento y describió a su atacante con abundantes detalles.

Que el imputado fue hallado muy poco tiempo después en un lugar cercano con los documentos y efectos personales sustraídos al damnificado Lema, circunstancia ésta corroborada por las actas de detención de Gutiérrez y secuestro de lo hallado en su poder, suscriptas por los testigos de actuación Spago y Cerda, quienes reconocieron sus firmas.

Que el imputado fue filmado corriendo con la vestimenta descrita por la víctima en un lugar muy cercano adonde se consumó el hecho y casi inmediatamente de ejecutarlo, portando una bolsa pequeña con la que fue detenido conteniendo los efectos y documentación de Lema.

En la misma filmación se lo ve ocultarse y luego que pasó el patrullero policial ponerse un pantalón de jean para alejarse posteriormente del lugar, mirando hacia atrás, como quien quiere asegurarse que no es seguido.

La prueba reunida, si bien es indiciaria, reúne las características de grave, precisa y concordante y permite recrear perfectamente el hecho imputado y las sucesivas secuencias que culminaron con la detención del encausado.

Que la víctima no hubiera brindado testimonialmente el relato de los hechos, por las serias consecuencias del ataque sufrido, no invalida la versión del policía Vittone, quien recogió los dichos del damnificado que permitieron a la postre, aunque de modo fortuito, la detención del encausado.

Precisamente esta última circunstancia, en la que se hallaron en poder del imputado los efectos sustraídos a Lema, permite afirmar que la versión recibida del nombrado se ajustaba a la realidad de lo sucedido.

Además, porque el acusado tenía las características físicas aportadas por la víctima respecto del atacante y se estableció también, que éste vestía la bermuda referida por el damnificado, aunque debajo del jean que se [lo] vio calzarse en el video mencionado”.

Acto seguido, el magistrado derribó uno a uno los argumentos defensistas que pretendieron —sin éxito— desvirtuar la prueba de cargo:

“Se esgrimió que el video en que se ve a una persona corriendo con bermuda y remera y se arroja atrás de unas bolsas de basura, no permiten apreciar que se trata del imputado y que no se han realizado en la causa los peritajes correspondientes para determinar que se trata de su pupilo.

Si bien es cierto que en esa corrida no se puede afirmar que por su rostro se trate del acusado, sí se puede apreciar que esa persona que mientras permanece allí no es identificable —como dice la defensa— se calza un pantalón de jean y seguidamente sale caminando y pasa por delante de la misma cámara, donde se observa ya sin dudas que se trata del imputado, vistiendo la ropa con la que fuera luego detenido y con la bolsa que en esa ocasión tenía en su poder con los efectos de la víctima, Lema.

No hay duda. La prueba reseñada y analizada precedentemente permite afirmar con certeza que Marcos Sebastián Gutiérrez es el autor de la sustracción y las lesiones sufridas por Eduardo Gabriel Lema.

Los cuestionamientos de la defensa, realizados mediante el análisis fragmentado de la prueba producida, por tal motivo carecen de entidad para desvirtuar el sólido plexo cargoso reunido en contra de su pupilo (...) En cuanto a que no se llamó a más testigos a declarar, no se advierte que fuera una falencia de la instrucción, dado que la prueba producida en la audiencia es suficiente para resolver el hecho objeto del juicio. En todo caso habrá sido una falencia de la defensa no haber solicitado esa prueba.

En definitiva, el hecho existió y Marcos Sebastián Gutiérrez es el autor”.

Con relación al segundo tramo endilgado a Gutiérrez, el juez Oliden valoró:

“También la prueba reseñada permite tener por cierto que cuando el acusado Gutiérrez fue trasladado detenido a la Comisaría 3ª de la Policía Federal, se negó a bajar del patrullero en el que fue conducido y que, con motivo de esa resistencia a acatar la orden de los funcionarios policiales, lesionó a quien salió de la dependencia

para colaborar en la tarea de trasladar al imputado del móvil policial al interior de la citada Seccional.

Tanto el oficial Vittone, como el agente Argañaráz, fueron contestes en relatar este comportamiento de Gutiérrez y la consecuencia lesiva para el último policía citado, de la que dan cuenta las fotos de fojas 13/15 y la constancia médica del Hospital Ramos Mejía, agregada a foja 16.

No hay duda entonces sobre la existencia de este proceder reprochado al imputado y las consecuencias de ello en la persona del citado Argañaráz”.

El análisis sistemático realizado por el magistrado, así, ha socavado los diversos argumentos ensayados por la recurrente.

Es dable agregar que, contrariamente a lo postulado por el defensor, el *a quo* no sustentó su pronunciamiento condenatorio de manera exclusiva en los dichos del testigo Vittone, sino que los evaluó en su correspondencia con los restantes elementos de cargo que confirman aquélla versión de manera ya incontrastable.

Con todo, tampoco es dable dudar acerca de la verosimilitud del relato del preventor, más allá de cualquier imprecisión resultante del tiempo transcurrido entre la fecha de ocurrencia de los sucesos investigados y la de su deposición en el juicio. Lo cierto es que el acervo probatorio habilitó una reconstrucción fáctica que las contradicciones nimias en el testimonio, naturales en las circunstancias del caso, no logran derribar.

De tal modo, los agravios desarrollados en este punto habrán de ser igualmente desechados, puesto que no hacen más que revelar la discrepancia de la defensa con un decisorio debidamente fundado, que le resulta adverso.

3.- Rechazo arbitrario de las nulidades impetradas con relación a los procedimientos de detención, requisa y secuestro.

En razón de la argumentación reseñada en el acápite 1.2.1), en la oportunidad prevista por el art. 393, CPPN, la asistencia técnica de Gutiérrez postuló la nulidad del procedimiento de detención, y de la posterior requisa y secuestro, planteo que, según refiere en su recurso, no habría sido abordado en la sentencia impugnada.

3.1.- Al respecto, el defensor argumentó en ocasión de alegar —y reitera ante esta instancia— que la detención debió ejecutarse por orden judicial, puesto que a su criterio, analizando los dichos del oficial Vittone, no mediaban razones de urgencia ni circunstancias previas o concomitantes para sospechar que el acusado hubiera participado de la comisión de un delito y, en consecuencia, las fuerzas de seguridad pudieran proceder según la excepción dada por el juego armónico de los artículos 184, inciso 8º, 284, CPPN, y el artículo 1º de la Ley n° 23.950.

Insistió en que el nerviosismo y balanceo que advirtió el preventor en el imputado no resultaban suficientes para demorar a Gutiérrez, y que si tales variables pudieron, eventualmente, haber justificado el cacheo inicial, el resultado negativo de éste no pudo fundamentar la intromisión en la libertad de su asistido que se verificó a continuación. Añadió, en ese orden de ideas, que los estados de nerviosismo son percepciones subjetivas que no admiten discusión sobre su posibilidad de verificación.

Destacó que Vittone dijo que fue desplazado por la presencia de un grupo de personas en presunta infracción a la Ley n° 23.737, pero que únicamente demoró, cacheó, desvistió y requisó a su asistido porque lo vinculó con un hecho en donde él mismo había prevenido tiempo antes, y porque sugestivamente vio el DNI de Lema en un acto de destreza visual inverosímil.

En ese punto, consideró vulnerados el derecho a la libertad ambulatoria (cfr. arts. 14, 18, 19, CN; art. 7, CADH; art. 9, PIDCP; arts. 9 y 13, DUDH y art. 25, DADH), el principio de legalidad y lo normado por los art. 183 y 184, inc. 5 y 230 del código de procedimiento penal de la nación.

Por lo expuesto, solicitó una vez más que, en los términos de los arts. 123, 168, 172 y 402, CPPN, y en virtud de los citados casos de la CSJN “*Sandoval David*”, “*Polak*” y “*Kang*” se declare la nulidad de la detención y de lo obrado en consecuencia, disponiendo la absolución de su asistido.

Trajo a colación, acto seguido, una serie de pronunciamientos de la Cámara Federal de Casación Penal para abonar su postura y dar sustento a la pretensión nulificante.

Finalmente, adujo que en virtud del precedente “*Rayford*” de la CSJN (fallos 308:733), resulta nula la detención y todos los actos que son su consecuencia —requisa y secuestro—, si en el proceso existe un solo cauce de investigación y éste estuvo viciado de ilegalidad; arguyó que dicha circunstancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél y la regla es la exclusión de cualquier medio probatorio obtenido por vías ilegítimas, porque de lo contrario se desconocería el derecho al debido proceso que tiene todo habitante de acuerdo con las garantías otorgadas por nuestra Constitución Nacional (en el mismo sentido, mencionó la doctrina de los casos “*Ruiz*” (310:1847), “*Francomano*” (310:2384), “*Daray*” (317:1985), y “*Peralta Cano*” (P. I666.XLI, rta. 3/05/2007).

3.2.- En segundo lugar, la parte se agravió al advertir en el procedimiento de requisa de Gutiérrez una afectación al derecho a la intimidad y a la vida privada.

Esgrimió que la policía se encuentra autorizada a requisar a las personas e inspeccionar los elementos que lleven consigo siempre que existan circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente justifiquen tal accionar, las cuales, como se señaló, a su juicio no se verificaron en el caso de autos.

Asimismo, destacó que el funcionario actuante no explicó qué motivo lo condujo a presumir que Gutiérrez ocultaba cosas relacionadas con un delito y apartarse del procedimiento legal, máxime cuando realizó un cacheo que arrojó resultado negativo.

Expresó que, a más de ello, se habría verificado un acto de coerción por intermedio del cual se provocó que el acusado se desvista y exhiba su ropa interior.

En último término trajo a colación lo expresado por el entonces ministro de la CSJN Fayt, en cuanto a que “*la inexistencia de fundamentos para proceder en el modo cuestionado no puede legitimarse con el resultado obtenido... pues obviamente, las razones justificantes del proceder policial deben existir en el*

momento en que se lleva a cabo y no posteriormente. En esas condiciones, es forzoso concluir que la detención cuestionada ha sido dispuesta extramuros del art. 18 de la CN” (CSJN, voto de Fayt, consid. 10, fallos 321:2947).

Adujo que si de acuerdo al estándar del art. 230, CPPN, al juez se le exigen motivos suficientes para proceder a la requisa, más aún se le deben exigir al policía al actuar en un marco de excepcionalidad en los términos del art. 230 *bis*, que se traduce en una necesidad urgente de apartarse del procedimiento natural y normal que involucra la necesaria orden judicial.

A lo expuesto agregó que, según el relato de los testigos de actas, la diligencia no fue practicada en su presencia, que aquéllos únicamente fueron compelidos a la rúbrica de lo actuado con anterioridad, y que tampoco se verificó la debida lectura de derechos.

En consecuencia, y por entender afectado el derecho a la intimidad y a la vida privada (cfr. arts. 18, CN; 11, CADH; 17, PIDCP; 12, DUDH y V, IX y X, DADDH), el principio de legalidad y las normas aplicables del código de procedimiento penal de la nación (arts. 230, 230 *bis*, y 184, inc. 5, CPPN), solicitó a esta Cámara se declare la nulidad de la requisa y, por aplicación de la regla de exclusión, el mismo temperamento se adopte respecto de todos los actos que sean su consecuencia y se hayan motivado en ese procedimiento.

También en función de este agravio peticionó que en los términos de los arts. 123, 168, 172 y 402, CPPN, y en virtud de los citados casos “*Sandoval David*”, “*Polak*” y “*Kang*”, se disponga la absolución de su ahijado procesal.

3.3.- Una vez más, resulta preciso partir del razonamiento que condujo a los jueces de la anterior instancia a desechar la pretensión defensiva, puesto que a esa tarea revisora se encuentra en principio abocado este tribunal.

Sobre este punto, el juez Oviden advirtió que la asistencia técnica de Gutiérrez, para formular su planteo, realizó una selección fragmentada y arbitraria de los dichos del oficial Vittone, mecánica reñida con el correcto análisis de las probanzas, que deben ser valoradas de modo integral.

Indicó que en el desarrollo de la impugnación se soslayaron las aclaraciones que el testigo efectuó en la audiencia ante la lectura de sus dichos anteriores que, puso de resalto, fueron vertidos un año y medio antes de su declaración en el juicio.

Así, el magistrado expresó que *“de la objetiva e integral valoración de sus dichos se advierte, sin duda alguna, cuáles fueron las circunstancias y motivos que originaron la detención del imputado y la consiguiente requisita personal y de la bolsa que portaba.*

Como relató el oficial citado, fue desplazado a la esquina donde hallaron al detenido por persona o personas comerciando con estupefacientes.

Al arribar vieron que la persona que con su llegada intentó retirarse del lugar fue el imputado, que en esa ocasión soltó una bolsa que portaba.

No se requiere mucha imaginación para advertir porqué a Vittone le pareció sospechosa esa actitud, teniendo en cuenta el motivo por el que fue desplazado – supuesto comercio de estupefacientes-.

Es obvio y entendible que el defensor en su rol soslayara deliberadamente esta circunstancia, pero ello no significa que la actitud descrita del imputado no justificara la sospecha del oficial mencionado, ratificada por el resultado de su actuación.

No se comparte el argumento del defensor respecto que lo que motivó la detención es que notó al imputado nervioso y que se balanceaba en el lugar.

La integral interpretación de los dichos del citado oficial, ubica esta situación, una vez que procedió por el estado de sospecha que despertó la descrita actitud del imputado cuando el móvil policial llegó al lugar.

El defensor invirtió los hechos en su alegato. En realidad, primero se produjo la requisita y a consecuencia de lo hallado en poder de Gutiérrez, esto es, la documentación de la víctima, procedió a la detención.

Entonces, contrariamente a lo argüido por la defensa, el policía interviniente procedió conforme las facultades otorgadas por el artículo 184 incisos 5° y 8°, 230, 230 bis y 231 del código procesal”.

Ello así, explicó luego el presidente del tribunal oral, pues el procedimiento se realizó con la finalidad de hallar la existencia de cosas provenientes o constitutivas de un delito de acuerdo a las circunstancias particulares de su hallazgo. Esto es, se buscaba la existencia de

estupefacientes y fortuitamente se hallaron elementos relativos a la comisión de otro delito, que por las circunstancias de tiempo y lugar en que fue cometido permitía vincular al requisado con esa conducta delictiva.

Valoró que, igualmente, se cumplió con la exigencia de realización del procedimiento en la vía pública y de la indicación en el acta de los motivos por los cuales el requisado no la firmaba. Que también las actas de detención y secuestro fueron confeccionadas conforme lo disponen los artículos 138 y 139 del Código de Procedimiento Penal de la Nación.

Destacó a continuación que la falta de recuerdo de los testigos, a un año y medio de su intervención, sobre los detalles de lo acontecido en oportunidad del procedimiento, no afectaba la validez de las actas, dado que ambos recordaron haber intervenido en esa ocasión y reconocieron sus firmas en cada una de ellas, las que le fueron exhibidas en la audiencia.

Por tales razones, el tribunal entendió que correspondía rechazar las nulidades impetradas por la defensa respecto de la detención y requisa personal de su asistido; planteo que, sin perjuicio de no satisfacer la voluntad de la parte, fue efectivamente abordado por los jueces de la anterior instancia.

De otra parte, la valoración efectuada por el magistrado que lideró el acuerdo poco deja que agregar.

Las motivaciones esgrimidas por el defensor mal podrían invalidar la actuación policial en los actos impugnados, cuando se evidencia que ha sido llevada a cabo de manera ajustada a derecho.

Como acertadamente destacó el *a quo*, el móvil policial concurrió al lugar alertado por el posible comercio de estupefacientes, no así en la búsqueda del agresor de Lema como pretende la defensa, por lo cual resultaba para el preventor francamente indistinto si las personas ubicadas en esa esquina vestían bermudas o pantalón de jean. Vittone arribó al sitio en el que posteriormente se produjo la detención y requisa por motivos diversos y ante una advertencia concreta acerca de la posible comisión de un delito.

En esa dirección, debe repararse en que tampoco Vittone procedió a la detención y requisa de Gutiérrez en función de la correspondencia en la vestimenta entre el agresor de Lema y la persona presuntamente comercializando estupefacientes, sino exclusivamente en procura de un individuo que en una actitud sospechosa aparentaba estar incurriendo en el último delito, para lo cual fue desplazado a la zona.

Entonces, de manera regular procedió, en primer lugar, a su cacheo para desechar la posible portación de armas y, luego de que esa diligencia arrojara resultado negativo y al encontrarse ya resguardada la seguridad de los efectivos intervinientes y aun de los restantes transeúntes que circulaban por el lugar, procedió a requisar la bolsa que el individuo llevaba consigo y dejó caer, se insiste, como era perfectamente lógico al haber sido convocado ante el presunto tráfico de estupefacientes.

Una vez más, resulta indiferente si la bolsa la dejó caer con carácter previo al cacheo policial o bien en el curso de aquél, puesto que los motivos que dan razón y validan su accionar transitan canales diversos a la búsqueda de los objetos propiedad de Lema.

Pues bien, una vez requisada la bolsa, y entonces sí ante los indicios categóricos acerca de la posible comisión del delito por parte del detenido Gutiérrez, se procedió a convocar a los testigos en los términos exigidos por el código que rige la materia.

Resulta falto de toda lógica pretender que el preventor pudiera priorizar la convocatoria a los testigos de actas de manera previa a verificar no solo su efectiva necesidad sino, más importante aun, realizar un cacheo y posterior requisa tendiente a paliar la posible utilización de armas por parte de la persona sospechada.

En cuanto a lo expresado por los testigos de procedimiento, no luce desajustada la aseveración efectuada por el tribunal de juicio en cuanto a su falta de recuerdo.

Se advierte que Spago al deponer señaló que al momento de la detención del acusado pasaba por allí junto a su compañera de trabajo, Virginia Cerda, que la policía los paró porque estaban deteniendo a una persona, *“chequeando los documentos, no sabe a quién pertenecían, un porta*

documentos, cartera”, que reconoció en las fotos que le fueron exhibidas. Dijo que no recordaba si en ese momento le exhibieron otros objetos, y que tampoco presencié la lectura de derechos a la persona detenida, que estaba “*con la cabeza baja, sentado*”.

Por su parte, Cerda indicó, de manera conteste, que iban caminando con su jefe —Spago— cuando la policía les pidió ayuda, que cree que había dinero de la persona detenida y otra documentación que no le pertenecía a aquélla. Puntualizó que el detenido estaba en su presencia, y que no recordaba que le hubieran leído sus derechos, que cuando llegaron estaba todo esparcido en un lugar, que la policía les dijo que miraran eso y firmaran la declaración.

Ello fue todo cuanto los deponentes pudieron referir, no obstante lo cual reconocieron sus firmas en las actas labradas en ocasión del suceso investigado.

De modo tal que, así, pierden virtualidad los postulados defensas en orden a las contradicciones en el testimonio de Vittone, entre otros, acerca del momento en el cual el imputado arrojó la bolsa y la ocasión en la que divisó el ropaje de aquél, puesto que se trata de circunstancias inconducentes para determinar la validez del procedimiento llevado a cabo.

Así, el agravio introducido por la defensa en este punto debe ser igualmente desechado.

4.- El siguiente cuestionamiento introducido por la recurrente se asienta en la pretendida **violación al principio de congruencia**, que motivó en la circunstancia de que, al efectuar su alegato el MPF y luego en la sentencia condenatoria, se habría introducido una modificación de la trama fáctica relativa al cambio de ropas de Gutiérrez, que no le fue intimada previamente, y respecto de la cual se lo habría privado de la posibilidad de ejercer de manera adecuada su defensa.

Alegó que no se trata de una circunstancia menor, toda vez que, de haber sido intimado correctamente, la parte habría articulado medios probatorios tales como un peritaje de las imágenes a los efectos de demostrar que la persona que figura en el video no es el imputado.

Arguyó que se le habría atribuido así a Gutiérrez un cambio de ropas, que se tuvo por probado por una filmación respecto de la que no se le hizo saber oportunamente al acusado su relación con el proceso, ni se ilustró en la audiencia sobre su relevancia.

Con ello se habría verificado a su juicio una severa afectación del principio de congruencia y, como correlato, una lesión directa al debido proceso y a la inviolabilidad de la defensa en juicio (cfr. arts. 18, CN; 75, inc. 22, CN; 18 y 26, DADDH; 10 y 11.1, DUDH; 8.1 y 8.2 b), c), y f); CADH; 14, inc. 1, 2, 3 b), e), PIDCP; según fallos de la Corte IDH “*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*” —sentencia del 26/11/2010— y “*J. vs. Perú*”, —sentencia del 20/11/2014—.

Solicitó en consecuencia a esta sala se declare la nulidad de la sentencia en los términos de los artículos 123, 168, segundo párrafo, y 172, primer párrafo, CPPN, y, en virtud de los reiterados casos “*Sandoval David*”, “*Polak*” y “*Kang*”, se disponga la absolución de Gutiérrez en función del art. 402, CPPN.

4.1.- La recurrente pretende en este punto enmarcar en la trama fáctica de la acusación una circunstancia que no es más que uno de los tantos elementos de cargo obrantes en el expediente —y debidamente incorporados al debate— en contra del inculpado.

Afirma que un proceso verdaderamente respetuoso de las garantías que asisten a la defensa hubiera exigido que de un modo llano se explicara a Gutiérrez “*Señor imputado, le hago saber que le imputo a usted, además de agredir y quitarle los efectos personales a la víctima, haber huido por la calle x, haberse escondido en el lugar x, haberse cambiado de ropa, y haber transitado por x hasta la intersección de las calles x y x, donde fue detenido por personal policial en x circunstancias*”.

Parece preciso entonces insistir en que el cambio de ropas no es una circunstancia achacada al imputado ni constituye delito alguno, pero ello luego lo advierte el propio defensor cuando se pregunta “*por qué no se indicó en la exhibición oportuna de los elementos de prueba al acusado, en la indagatoria, en la elevación a juicio o en el trámite mismo del debate, la vinculación probatoria o el destino o la función de ese elemento de prueba. Por qué no se informó o ilustró en la audiencia sobre la relevancia de ese video. Hubiera sido provechoso que el*

Fiscal indique en la audiencia este punto, esto es: Sr. Acusado, esté atento a esta parte del video, donde entendemos que es usted cambiándose de ropas”.

La respuesta se encuentra en el propio enunciado, que observa atinadamente que el video en el cual se aprecia a Gutiérrez cambiando sus ropas constituye no más que un (trascendente) elemento de convicción. Parece innecesario aclarar que, una vez ofrecida la prueba por la acusación y encontrándose la defensa debidamente notificada de aquella que fue admitida al debate, la advertencia en el marco del juicio al imputado acerca de la particular relevancia de un elemento de cargo u otro no constituye una tarea a la que el fiscal se encuentre procesalmente compelido.

A todo evento, he de insistir en lo expresado en la citada causa “*De Rosa*”, en punto a que lo que el principio de congruencia exige es que se verifique una identidad fáctica entre la acusación y la sentencia.

Contrariamente a lo que propugna el defensor, entonces, el hecho intimado a Gutiérrez se mantuvo incólume a lo largo del proceso y en nada modifica esa circunstancia la incorporación oportuna ni la mayor o menor relevancia atribuida a una pieza del plexo probatorio conocida por la parte.

En razón de ello, el agravio introducido no encuentra asidero alguno y habrá de ser rechazado.

5.- Agravio sobre la calificación legal, introducido en los términos del art. 456, inc. 1º, CPPN.

5.1.- El defensor cuestionó, así también, la subsunción legal realizada por el *a quo*.

Explicó que el tribunal de juicio reputó que el palo presuntamente utilizado por el autor del hecho constituía el agravante de arma contemplado en el segundo inciso del art. 166 del Código Penal, puesto que no había duda acerca de la aptitud vulnerante del elemento empleado, en atención a las consecuencias causadas en la salud del damnificado.

Recordó que, por otra parte, los magistrados desecharon la figura prevista en el art. 165, CP —por una valoración sobre competencia de la víctima—, y la calificación de robo agravado por lesiones graves,

para lo cual afirmaron que existía un manto de duda vinculado a la reticencia del damnificado para atenderse y en qué medida ésta circunstancia estaba vinculada (o no) a una incapacitación para trabajar por más de treinta días.

De allí la defensa deriva una nueva auto-contradicción en la que habrían incurrido los jueces, al predicar primero certeza respecto de la aptitud vulnerante del palo empleado en razón del daño ocasionado a Lema, para renglón seguido sembrar duda acerca de la entidad de la lesión y en virtud de ello descartar el delito de lesiones graves.

El defensor manifestó, en consecuencia, que desconociendo el tribunal si la lesión fue producto de la agresión o de la contumacia del damnificado a tratarse, la referencia sobre la capacidad vulnerante del elemento utilizado por el agresor resulta carente de fundamento.

En ese punto entendió que concurre en el caso un vicio que, a través de la doctrina de la arbitrariedad, conduce a anular aquéllas conclusiones que no resultan ser derivación razonada del derecho vigente y que no se ajustan a las constancias de la causa ni a las propias proposiciones que componen el silogismo detrás del cual puede identificarse la estructura del razonamiento de una sentencia.

En otra dirección, refirió que un palo no puede ser considerado a los efectos de satisfacer el extremo legal del art. 166, inciso 2, del código de fondo, y resaltó que así lo entendió esta Sala II en los autos “*Rodríguez Yarza, Sydney Junior*” (reg. N° 635/16, causa n° 36.868/2012, del 23/08/16). Tal criterio, a juicio de la parte, debería conjugarse con las particularidades probatorias del caso que, según entiende, indican que no se encuentra suficientemente acreditado el empleo del palo por parte del agresor de Lema, y esta orfandad probatoria debiera operar en beneficio del imputado.

Desde esta perspectiva, arguyó que tanto la consideración dogmática sobre la significación que cabe asignarle en abstracto a un elemento como un palo, del que no podría predicarse que en términos jurídicos satisfaga el extremo legal de lo que debe entenderse por arma, como así también la carencia de certeza respecto de la utilización de un elemento de esa índole en la mecánica del hecho endilgado, deberían

conducir a adecuar la calificación en la figura básica, lo que así solicitó, en el supuesto de no prosperar la petición absolutoria.

5.2.- De otra parte, el defensor recordó que el tribunal de juicio estimó configurado el delito de resistencia a la autoridad producto de la negativa de Gutiérrez a descender del patrullero en el que fue conducido a la seccional 3ª de la PFA. Afirmó que, sin embargo, resiste en sentido técnico quien ejerce una oposición violenta contra un funcionario, de modo tal que a lo sumo la negativa a bajar del rodado debió ser analizada bajo la significación jurídica de la desobediencia; la cual, a su entender, tampoco se configura en el caso, puesto que la prescripción legal exige que concurra un menosprecio o alzamiento contra la autoridad con entidad suficiente para acarrearle a esta última un desprestigio o provocar un entorpecimiento de su función.

Interpretó que la resistencia de Gutiérrez, que calificó como “pacífica”, a modo de “objedor de conciencia”, y como “una protesta silenciosa de cuerpo caído” por parte de alguien que fue detenido arbitrariamente y recibió un destrato de la autoridad policial que abusó de sus funciones, no tendría virtualidad para perturbar el poder de policía de la dependencia policial.

Adunado a ello, solicitó a esta cámara sopesar la precariedad en la conformación de la materialidad del hecho y el impreciso relato de Argañaraz.

Acercas de las lesiones endilgadas, de otra parte, reclamó una revisión de los argumentos esbozados por la defensa en ocasión de alegar, y que fueron rechazados por el *a quo*. Aludió, puntualmente, a lo postulado en el sentido de que entre las lesiones leves reprochadas y la calificación de resistencia a la autoridad mediaba una relación de apariencias concursales, de tal suerte que la figura del art. 239, CP, desplazaba a la prevista en el art. 89 del mismo cuerpo legal, por subsidiariedad y por absorber el contenido de prohibición propiamente dicho.

Igualmente postuló que, una vez efectuado el corrimiento de la calificación de resistencia en los términos peticionados por la parte,

debajo quedaba un presunto delito de lesiones cuya acción no había sido instada.

5.3.- Una vez acreditada la materialidad de los hechos, en efecto, el tribunal entendió que aquéllos debían subsumirse en los delitos de robo con arma, en concurso real con resistencia a la autoridad y lesiones leves, estos últimos en concurso ideal (cfr. 45, 54, 55, 89, 166, inciso 2º, primer párrafo, y 239, CP).

A fin de atribuir al encausado la conducta agravada prevista por el inciso 2º del art. 166, CP, los magistrados valoraron, con relación al palo utilizado por Gutiérrez, la inexistencia de dudas con relación a su aptitud vulnerante, dadas las serias consecuencias causadas en la salud del damnificado, de las que daban cuenta las históricas clínicas y la autopsia, agregadas al juicio.

Expresaron, siguiendo a Soler, que *“por arma debe entenderse tanto aquel instrumento específicamente destinado a herir o dañar a la persona como cualquier otro objeto que sea transformado en arma por su destino, al ser empleado como medio contundente”* (cfr. Soler, S. en *Derecho Penal Argentino*, tomo IV, página 300, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1994).

Consideraron, entonces, que en esos términos cuadraba el palo utilizado por Gutiérrez, con el cual le propinó un golpe en la cabeza al damnificado Eduardo Gabriel Lema, provocándole las lesiones.

Ponderaron, finalmente, que el delito se consumó, puesto que el imputado se fugó del lugar sin ser perseguido, y fue detenido minutos después, a unas cuadras del lugar, con motivo de la requisita realizada por personal policial, por la noticia sobre la posible comisión de otro delito.

Pues bien, en este punto asiste razón a la defensa, que oportunamente trae a colación el voto del suscripto en el caso *“Rodríguez Yarza”* del registro de esta sala —con distinta integración—, en el cual me expresé en el sentido en el que invariablemente lo he hecho sobre el tema bajo estudio en otros pronunciamientos.

En aquél, se imputaba a una persona el haber intentado sustraer elementos del interior de un vehículo estacionado y, al ser descubierto por su dueño, intimidarlo con un destornillador.

El tribunal oral había condenado al acusado a la pena de once años de prisión, entre otros, por el delito de robo con armas, en grado de tentativa, decisión que, en cuanto a la agravante, esta Sala resolvió casar por unanimidad.

Liderando el acuerdo en esa ocasión, y en un voto al cual adhirieron los colegas Sarrabayrouse y Niño, expresé que *“la base sobre la cual se funda la aplicación de la figura prevista en el art. 166 inc. 2º, CP descansa sobre la concepción de las denominadas ‘armas impropias’, que podrían definirse como aquellas que, sin adecuarse estrictamente al concepto de armas, son equiparadas a éstas”*.

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

En ese orden de ideas, advertí que *“el destornillador utilizado en el hecho [...] es, claramente, un objeto que pertenece a la categoría de las herramientas, lo cual implica, en el razonamiento que aquí se sigue, que no se trata del arma al que hace referencia el tipo penal”*, para concluir que si bien la utilización del destornillador *“implicó un aumento del poder ofensivo del agente, creó un peligro mayor para la víctima y menguó su capacidad de oposición o defensa, [esta] circunstancia [...] deberá ser valorada exclusivamente en el momento de la determinación de la pena de acuerdo a lo establecido en el artículo 41, inciso 1º, CP y no ya en la adecuación del supuesto de hecho en el tipo penal del robo agravado por el uso de armas”*.

La calificación adoptada por el *a quo* luce, desde este punto de vista, desacertada.

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

El palo utilizado por Gutiérrez en el hecho escapa, de acuerdo al razonamiento que aquí se sigue, al concepto de arma al que hace referencia el tipo penal.

Ciertamente importó un aumento del poder ofensivo del agente, creó un peligro mayor para la víctima y menguó su capacidad de oposición o defensa.

Esta circunstancia, empero, habrá de ser debidamente valorada, como se ha señalado, al momento de la determinación de la pena, puesto que es allí donde cobra relevancia.

Corresponde, por consiguiente, hacer lugar al planteo efectuado por la defensa y casar la resolución en este punto, descartando la aplicación de la agravante de uso de armas. Así, debe encuadrarse este hecho en el delito de robo simple (cfr. 164, CP).

5.4.- En lo que respecta a la segunda conducta enrostrada al acusado, esto es, el delito de resistencia a la autoridad, los colegas de la anterior instancia entendieron que se configuró cuando Gutiérrez se negó a descender del patrullero en el que fue conducido a la Comisaría 3° de la PFA, no acatando la orden impartida.

Asimismo, consideraron que las heridas causadas al agente Argañaraz cuando intentó vencer esa resistencia constituyen el delito de lesiones leves, las que por haberse causado en la misma ocasión concursan con la figura de resistencia de manera ideal.

Desecharon el planteo de la parte en el sentido de que, con relación a las lesiones, la acción debió ser instada por Argañaraz, en la misma línea argumentativa en que lo hizo el fiscal, al interpretar que las lesiones que integran un único hecho de acción pública no dependiente de instancia, no requieren ser instadas.

Finalmente, por constituir un hecho independiente del robo con arma intimidado, resolvieron que ambas conductas concurren de manera real.

5.5.- El art. 239 del código de fondo conmina con una pena de prisión de quince días a un año, a quien “resistiere o desobedeciere a un funcionario público en el ejercicio legítimo de sus funciones o a la

persona que le prestare asistencia a requerimiento de aquél o en virtud de una obligación legal”.

La configuración del delito exige que el sujeto activo resista el cumplimiento de una orden impartida por un funcionario público —o un particular que preste su colaboración—, de un modo tal que tenga por efecto comprometer el normal desarrollo de aquel mandato, dirigido puntualmente contra su persona.

No se trata de la actitud de mero “forcejeo” que puede tener lugar entre el funcionario y un imputado, inherente a este tipo de escenarios; se trata, en efecto, de una oposición activa al desarrollo del acto funcional, pero que, sin embargo, permite referir los medios de la acción con mayor amplitud que los de fuerza e intimidación en sentido estricto (en este sentido, Creus, Carlos: *Derecho Penal. Parte especial*, 6º edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1998).

Allí reside la diferencia sustancial con la desobediencia contemplada en la misma norma, que no exige un despliegue de actividad en oposición a la ejecución de un acto funcional.

Va de suyo que el acto del funcionario debe ser propio del legítimo ejercicio de sus funciones y llevarse a cabo dentro de los límites prescriptos por las normas y reglamentos pertinentes.

En el caso se advierte la actuación regular de Argañaraz en función de la directiva dirigida a hacer efectivo el descenso de Gutiérrez del vehículo.

En este escenario, la respuesta del inculpado fue una actitud de resistencia activa idónea para obstaculizar el normal desarrollo de la orden que Argañaraz debía cumplimentar, de tal suerte que en el marco de su oposición le asestó al funcionario un golpe con la cabeza que le ocasionó lesiones leves.

La conducta de Gutiérrez no se limitó, como pretende el defensor, a una lisa y llana actitud de “brazos caídos” a modo de protesta, sin mayores complicaciones para la autoridad pública —como pudiera predicarse del momento inicial, previo a la intervención de Argañaraz—, sino que desencadenó en un altercado físico que excedió ampliamente la mera desobediencia.

Ahora bien, en lo que se refiere a la relación concursal existente entre los tipos penales en juego, se presenta en el caso una única conducta compartida parcialmente por dos delitos, lo cual *prima facie* resulta indicativo de la modalidad de concurso ideal que rige entre ambos. Lo trascendental, sin embargo, resulta ser que la oposición activa requerida por el tipo previsto en el art. 239, CP, no necesariamente lleva ínsita la producción del resultado lesivo, y es independiente del éxito que el autor del ilícito logre —o no— mediante su actitud, por lo cual se trata de conductas que comparten una acción de ejecución del tipo objetivo de diversos delitos pero que protegen bienes jurídicos diversos, que pueden o no resultar lesionados, como ocurrió en el supuesto bajo estudio producto del obrar del encausado.

El objetivo procurado de obstaculizar el normal desenvolvimiento de la orden de la autoridad competente y la actitud proactiva consiguiente bastan para la configuración del delito de resistencia a la autoridad, más allá de las consecuencias ulteriores que en su hacer pudiera acarrear o la consecución del fin por parte del autor.

La producción de lesiones, en razón de la misma conducta, resulta independiente de la concreción de esta figura penal, sin perjuicio de que, al tratarse de un obrar único, los delitos concurren en sentido ideal.

Gutiérrez opuso un nivel de resistencia para repeler la orden de descender del móvil policial hacia la comisaría que exigió un empleo inusual de fuerza por parte de Argañaraz, lo cual se enmarca, sin lugar a dudas, en la figura que se le endilga.

Igualmente, en atención a las consecuencias de su accionar, el delito concurre en el caso de manera ideal con las lesiones leves provocadas al funcionario policial.

Resta agregar que el imputado mal podría alegar en las circunstancias del caso cualquier desconocimiento acerca de la obligación de cumplimentar la orden emanada de la autoridad y de la calidad de funcionario público de quien la ejecutó, recibiendo un golpe de cabeza en el marco de un fuerte forcejeo.

Finalmente, en consonancia con lo expresado por el representante del Ministerio Público Fiscal primero y el tribunal de juicio después, corresponde advertir que al recaer el reproche en un único hecho, el régimen de la acción es aquél que corresponde a aquél, de tal suerte que basta con que la resistencia a la autoridad tenga regulado un régimen de acción pública que no precisa ser instado para que por ese hecho haya acción.

El agravio introducido por la parte en este punto, en consecuencia, no tendrá acogida favorable en esta instancia.

6.- Agravio relativo al monto de la pena.

La defensa cuestionó, finalmente, el monto de la pena establecido por encima del mínimo legal —decisión que consideró infundada— y la valoración por parte de los jueces de la anterior instancia al establecerla de pautas de mensuración que violarían el estado de inocencia y se constituirían en expresiones deliberadas del derecho penal de autor.

6.1.- El defensor reseñó inicialmente las circunstancias que el *a quo* valoró como agravantes; así: 1) el grado de violencia utilizada; 2) la preparación y profesionalidad demostrada por el cambio de vestimenta luego de cometer el hecho; y 3) las condenas que registra Gutiérrez.

Con relación al primer punto, insistió en la contradicción de afirmar, como lo hizo el tribunal, que no guardaba dudas acerca de la aptitud vulnerante del elemento empleado, para luego descartar la figura de lesiones graves ante la falta de certeza respecto de la entidad del daño, y si su evolución estaba (o no) vinculada con la competencia de la víctima.

Desde esta perspectiva, consideró que la ponderación de aquella variable, a través de la doctrina de la arbitrariedad, debería conducir a anular la conclusión a la que arribaron los magistrados, lo que así reclamó.

6.2.- Con relación a la preparación y profesionalismo que se adjudicó a su defendido a partir del cambio de vestimenta, postuló que no puede ser tomado como una conclusión indubitable, puesto que no

existiría certeza acerca de que la persona que se visualiza en los registros filmicos sea en efecto su asistido.

A más de ello, estimó que se trata de una percepción subjetiva, emanada de circunstancias que no fueron objeto de debate. Tal es así, adujo, que no fueron invocadas por el fiscal para fundamentar la pena solicitada.

6.3.- Por último, respecto de las condenas que registra el acusado, a las cuales el tribunal le dio entidad para agravar el monto de la pena, argumentó que aquéllas no se encuentran firmes y tampoco fueron invocadas por el MPF; de modo que al sopesarlas los jueces habrían vulnerado el estado de inocencia.

Por lo expresado, solicitó se case la sentencia y, en los términos del art. 470 del ritual, se imponga a Gutiérrez el mínimo legal para el delito previsto para la calificación a la que se arrije.

Finalmente, hizo reserva del caso federal.

En el término de oficina, la parte reprodujo y amplió sus fundamentos —cfr. art. 466, CPPN— (fs. 919/25).

6.4.- A fin de graduar la pena a imponer a Marcos Sebastián Gutiérrez, el tribunal de juicio tuvo en cuenta las pautas establecidas en los artículos 40 y 41 del Código Penal, los informes socio ambientales agregados al juicio y las manifestaciones del imputado en la audiencia acerca de tales variables.

Los jueces consideraron como atenuantes su crianza en un hogar disfuncional, enmarcado en una situación de estrechez económica, con un padre alcohólico, violento y reiteradamente ausente, con quien desde adolescente mantuvo una relación conflictiva que lo llevó a vivir en situación de calle.

Igualmente, valoraron su juventud, escasa instrucción y una precaria situación económica al momento de los hechos.

Puntualmente con relación a la sustracción consideraron como atenuante que, aunque de manera fortuita, los efectos sustraídos fueron recuperados, aunque estimaron que el grado de violencia utilizado y la preparación y profesionalidad demostrada con su huida y cambio de vestimenta para evitar su identificación por la autoridad, resultaban

agravantes en el caso. Esto último, si bien fue cuestionado por la defensa, no puede ser desconocido a la luz de la plataforma fáctica que ha sido acreditada y previamente reseñada, y tampoco soslayado al momento de mensurar la pena.

De otra parte, como apuntó la recurrente, ponderaron como circunstancia agravante las condenas que registra el imputado, las cuales a criterio de los magistrados evidenciarían la falta de reflexión de los actos propios e indiferencia respecto de las normas que regulan la vida en sociedad.

No se invocó ni advirtieron causal que excepcionalmente desplazara la contrariedad a derecho de la conducta reprochada, ni duda alguna respecto de la plena conciencia de Gutiérrez para discernir que su comportamiento era contrario a derecho y la suficiente aptitud para el gobierno de sus actos, valoraciones éstas que no fueron cuestionadas por la defensa.

En este aspecto, amén de la modificación de la pena que propondré al acuerdo producto de la diversa calificación legal que atribuyo a la conducta desplegada por el imputado, debo discrepar asimismo con los colegas de la anterior instancia en punto a la consideración de los antecedentes del encausado y, con ello, dar razón al planteo defensista.

Según lo he señalado, entre otras oportunidades, al pronunciarme en las causas de esta Sala II “*Soplan*” (reg. 820/2016) y “*Pumara*” (Reg. 83/2017), la valoración de la reiteración delictiva y la existencia de una condena anterior, no resulta, a mi modo de ver, aceptable.

Ello así, porque el límite máximo de la pena a imponer en el caso concreto está dado por la culpabilidad del autor a raíz del injusto cometido. De acuerdo a la doctrina emanada del precedente “*Maldonado, Daniel Enrique*” (rta. 7/12/05) de la CSJN “*la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia*

moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia (...) No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor”.

En esa misma línea, el fallo “Gramajo” (Fallos 329:36807), también del máximo tribunal, estableció que *“la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad, sino la conducta lesiva llevada a cabo”.*

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

Dicho de otro modo: la culpabilidad establece el límite máximo de pena a imponer en el caso concreto y las cuestiones de prevención especial eventualmente servirán de base para disminuir dicho *quantum* punitivo. Esto es, en el supuesto de que la persona no registre antecedentes.

Caso contrario, los antecedentes condenatorios no deben constituir una pauta a tener en cuenta al momento de mensurar la pena a imponer.

Estos parámetros no han sido respetados en el caso bajo examen, y ello se tradujo en la errónea interpretación y aplicación de la ley sustantiva, en los términos del art. 456, inc. 1º, CPPN.

Por las razones expuestas, haré lugar parcialmente al agravio del recurrente.

Sentado ello, corresponde atender a la escala penal que corresponde al nuevo encuadre propiciado, esto es, el delito de robo simple (164, CP), en concurso real con resistencia a la autoridad, que a su vez concurre idealmente con las lesiones leves que damnificaron al efectivo Argañaraz (arts. 239 y 89, CP).

Valoraré a fin de establecer el nuevo monto punitivo, por un lado, los restantes atenuantes y agravantes que fueron debidamente tasados por el *a quo*, de conformidad con los arts. 40 y 41, CP.

De otra parte, tal como lo he expresado, el cambio de calificación operado en punto al encuadre de los hechos en la figura prevista por el art. 164, CP, no resta trascendencia a la entidad del elemento empleado por el imputado —esto es, un palo, con el cual asestó un fuerte golpe en la cabeza de Lema— que, si bien escapa al concepto de arma al que hace referencia el tipo penal agravado, importó un aumento del poder ofensivo del agente, creó un peligro mayor para la víctima y menguó su capacidad de oposición o defensa, circunstancias todas ellas que corresponde valorar en esta oportunidad.

Con ello no es posible soslayar las consecuencias del golpe en la víctima, puesto que más allá del desenlace final —por el cual Gutiérrez no fue condenado—, la ferocidad del elemento utilizado se patentizó en lo inmediato en que Lema fue derivado al hospital Argerich, con diagnóstico de “traumatismo de cráneo, politraumatismo y herida cortante” y que, según lo testimoniado por sus familiares en el debate, desde el mismo día de los hechos no volvió a tener plena consciencia ni facilidad en el habla.

Por las razones expuestas, considero que la pena de cinco años de prisión es la que corresponde aplicar en este caso a Marcos Sebastián Gutiérrez.

7.- En virtud de lo expuesto, corresponde:

I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa de Marcos Sebastián Gutiérrez, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia puesta en crisis, en cuanto se consideró aplicable la agravante del art. 166, inciso 2º, y **ESTABLECER** que la calificación legal de los hechos juzgados queda subsumida en los delitos de robo simple en concurso real con la figura de resistencia a la autoridad, que a su vez concurre idealmente con el delito de lesiones leves (arts. 456, inc. 1º y 470, CPPN, y arts. 54, 55, 164, 239 y 89, CP).

II. HACER LUGAR al recurso interpuesto y **CASAR PARCIALMENTE** el decisorio impugnado, en cuanto ponderó en la graduación de la pena los antecedentes del encausado.

III. En consecuencia, **FIJAR** al imputado la pena de **CINCO AÑOS (5 AÑOS) DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS** (cfr. arts. 40 y 41, CP).

IV. RECHAZAR el recurso de casación impetrado por la parte en relación con los demás agravios introducidos, sin costas (arts. 456, inc. 2° 471 *contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

El juez Horacio Leonardo Días dijo:

Adhiero al voto del Juez Morin en los puntos 1 a 4 de su argumentación, más disiento en su respuesta dada al agravio relativo a la correcta calificación legal de los hechos.

En particular tengo opinión formada que el elemento normativo “arma” incluido como circunstancia agravante específica del delito robo (Art. 166.2, CP), es de naturaleza empírico cultural, de modo que alcanza también a las denominadas armas impropias, por lo que su conceptualización excede el acotado marco de las regulaciones de la Ley de armas y Explosivos. En esa inteligencia, las características del instrumento utilizado en el hecho aquí juzgado, con más la forma que fue empleado, satisfacen a mi ver tales exigencias, en la medida que en el caso resultó adecuado para incrementar el amedrentamiento a la víctima, inspirando temor, a la vez que resultó idóneo para hierirla, contribuyendo de ese modo a la perpetración con ese plus de violencia exigida por la ley. Sobre el particular sigo en esto a Edgardo DONNA (Tratado, Parte Especial, t. II.B, Rubinzal, Bs As, p, 163), cuando señala que nuestro código cuando agrava el robo por su comisión con armas, se refiere tanto a las propias como a las impropias.

En función de lo expresado en el punto anterior, sobre el cual he quedado en minoría, entiendo que resulta abstracto que me expida sobre el agravio relativo a la correcta dosificación judicial de la pena. Tal es mi voto.

El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:

1. En lo que respecta al primer cuestionamiento del recurso, referido al rechazo de los planteos de nulidad introducidos por la defensa, se adhiere al voto del juez Morin, por concordar con el análisis y las conclusiones a las que arriba (punto 1), de acuerdo con lo dicho en la causa “Cantos”¹ sobre el alcance de las nulidades.

2. Con relación a la valoración de la prueba, tal como se dijo en los precedentes “Taborda”², “Marchetti”³, “Castañeda Chávez”⁴, “Guapi”⁵, “Fernández y otros”⁶ y “Díaz”⁷ (entre muchos otros), 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.

En este caso, de acuerdo con la explicación brindada por el juez Morin (punto 2) que se comparte, la defensa no ha conseguido exponer elementos que permitan afirmar que el razonamiento y las inferencias realizadas por el tribunal *a quo* conduzcan a dudar razonadamente sobre la ocurrencia del hecho y la intervención de Gutiérrez en él, como para justificar la aplicación del principio *in dubio pro reo* reclamado. Las declaraciones del personal policial actuante y de los familiares del damnificado, sumadas al resto de la prueba valorada por los jueces, en particular los registros fílmicos obtenidos, conducen a descartar los planteos del impugnante.

3. En cuanto a los cuestionamientos dirigidos hacia los procedimientos de detención, requisita y secuestro, también deberán ser rechazados, sobre la base de los argumentos sostenidos en el primer voto (punto 3), que coinciden con los criterios sentados en los precedentes “Briones” (ya citado), “Falivene”⁸ y “Di Filippo”⁹.

¹ Sentencia del 17.12.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 790/15.

² Sentencia del 2.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 400/15.

³ Sentencia del 2.9.15, 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 24.11.16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 947/16.

⁶ Sentencia del 10.11.17, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 1136/17.

⁷ Sentencia del 27.2.18, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 132/18.

⁸ Sentencia del 3.10.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 949/17.

⁹ Sentencia del 23.10.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 1040/17.

4. Tampoco se advierte la alegada afectación al principio de congruencia, como bien explica el juez Morin (punto 4), de acuerdo con los parámetros sostenidos en las causas “Álvarez”¹⁰, “Cicopieri”¹¹, “De Rosa”¹², “Ledesma”¹³, “Acosta”¹⁴, “Gómez”¹⁵, “Miranda y Pérez”¹⁶ y “Pumara”¹⁷ (entre otras).

En efecto, al igual que en aquellos casos, se aprecia que la *idea básica* de la imputación dirigida contra el imputado se mantuvo inalterada y que la diferencia remarcada por la asistencia técnica no se vincula con aspectos esenciales del hecho, que de alguna manera haya sorprendido al encartado o le haya impedido ejercer adecuadamente su defensa.

5. En lo atinente a la calificación legal del primer suceso, efectivamente se aprecia que en el caso ha existido una errónea interpretación de la ley sustantiva en los términos del art. 456, inc. 1º, CPPN (punto 5.3 del primer sufragio).

El palo utilizado por Gutiérrez no integra el concepto de “arma”, conforme a lo dicho en los fallos “Cordero”¹⁸ —citado por el defensor Maciel en su presentación en término de oficina, fs. 923 vta.— y “Maltez y Engler”¹⁹, 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.

Así, debe casarse la sentencia en este punto y establecer el encuadre en el delito de robo simple (arts. 164, CP y 470, CPPN).

6. En relación con el restante hecho endilgado, se coincide con el análisis del juez Morin (punto 5.4 y 5.5), en tanto la defensa no ha logrado demostrar que haya existido una errónea aplicación de la ley sustantiva ni arbitrariedad en el razonamiento de los jueces, al considerar a ese suceso como constitutivo del delito de resistencia a la autoridad en concurso ideal con el delito de lesiones leves.

¹⁰ Sentencia del 17.5.16, Sala II, jueces Niño, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 369/16.

¹¹ Sentencia del 30.11.17, Sala II, jueces Morin, Sarrabayrouse y Niño, registro n° 1250/17.

¹² Sentencia del 15.8.17, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 691/17.

¹³ Sentencia del 7.9.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 806/17.

¹⁴ Sentencia del 20.5.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 88/15.

¹⁵ Sentencia del 21.12.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 793/15.

¹⁶ Sentencia del 19.9.17, Sala II, jueces García, Garrigós de Rébora y Sarrabayrouse, registro n° 885/17.

¹⁷ Sentencia del 16.2.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 83/17.

¹⁸ Sentencia del 30.10.15, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 605/15.

¹⁹ Sentencia del 23.8.17, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 706/17.

7. Por último, se comparte la modificación en la pena propiciada en el primer voto (punto 6), que coincide con los parámetros desarrollados en los precedentes “Medina”²⁰ y “Ceballos”²¹ (entre muchos otros).

Dejando a salvo la mención del colega sobre la reiteración delictiva, lo cierto es que en este caso no procede la consideración de las condenas que registra Gutiérrez como agravante, en los términos de lo dicho en las causas “Pizzuto”²², “Cañete y Aranda”²³, “Pumara” (ya citado), “Verde Alva”²⁴ y “Del Valle”²⁵. Más allá de que la crítica de la defensa radicó en la ausencia de petición de parte y en la falta de firmeza de esas sentencias (fs. 904 vta./905), lo cierto es que los jueces no han explicado aquella consideración de manera suficiente (fs. 839), atento a los límites que la culpabilidad por el hecho impone en la medición de la pena, con lo cual ha existido una errónea aplicación de la ley sustantiva y también arbitrariedad en la decisión (art. 456 incs. 1º y 2º, CPPN).

Así las cosas, a la luz de la modificación en la calificación legal propiciada, y teniendo en cuenta las restantes agravantes y atenuantes ponderadas correctamente por el *a quo*, y en particular la utilización del elemento contundente que aumentó el poder ofensivo de Gutiérrez y la violencia física considerable desplegada sobre la víctima, así como la impresión que causó el nombrado en la audiencia celebrada ante este tribunal en los términos del art. 41, CP, la pena de cinco años luce adecuada.

8. En virtud de lo expuesto, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Marcos Sebastián Gutiérrez, casar la sentencia recurrida en lo que respecta a la calificación legal, establecer que los hechos encuadran en el delito de robo simple en concurso real con resistencia a la autoridad, este último a su vez en concurso ideal con el delito de lesiones leves, y fijar la pena en

²⁰ Sentencia del 3.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 406/15.

²¹ Sentencia del 3.9.15, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 407/15.

²² Sentencia del 3.11.16, Sala II, jueces Niño, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 876/16.

²³ Sentencia del 12.4.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 250/17.

²⁴ Sentencia del 22.5.17, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 399/17.

²⁵ Sentencia del 8.3.18, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 172/18.

cinco años de prisión. Sin costas (arts. 40, 41, 45, 54, 55, 89, 164 y 239, CP; 456 inc. 1° y 2°, 463, 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**, por mayoría:

I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa de Marcos Sebastián Gutiérrez, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia puesta en crisis, en cuanto se consideró aplicable el agravante del art. 166, inciso 2°, y **ESTABLECER** que la calificación legal de los hechos juzgados queda subsumida en los delitos de robo simple en concurso real con la figura de resistencia a la autoridad, que a su vez concurre idealmente con el delito de lesiones leves (arts. 456, inc. 1° y 470, CPPN, y arts. 54, 55, 164, 239 y 89, CP).

II. HACER LUGAR al recurso interpuesto y **CASAR PARCIALMENTE** el decisorio impugnado, en cuanto ponderó en la graduación de la pena los antecedentes del encausado; y

III. En consecuencia, **FIJAR** al imputado la pena de **CINCO AÑOS (5 AÑOS) DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS** (cfr. arts. 40 y 41, CP).

IV. RECHAZAR el recurso de casación impetrado por la parte en relación con los demás agravios introducidos, sin costas (arts. 456, inc. 2° 471 *contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 CSJN y lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

DANIEL MORIN HORACIO L. DÍAS EUGENIO SARRABAYROUSE

Ante mí:

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 16737/2015/TO1/CNC2

PAULA GORSO
Secretaria de Cámara