

Reg. n°539/2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 17 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 jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, Daniel Morin y Horacio Días, asistidos por la secretaria Paula Gorsd, para resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado en la presente causa n° CCC 12685/2014/TO1/CNC1, caratulada **“Arce, Claudio Rubén s/ recurso de casación”**, de la que **RESULTA:**

I. El 19 de diciembre de 2016, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 16 condenó a Claudio Rubén Arce a la pena de seis meses de prisión de efectivo cumplimiento porque lo consideró autor material y penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa. En ese mismo acto, impuso a Arce la pena única de un año y diez meses de prisión de efectivo cumplimiento, comprensiva de la referida previamente y la de un año y seis meses de prisión de ejecución condicional –cuya condicionalidad revocó– fijada el 17 de agosto de 2012, por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 28, en la causa n° 3813, como partícipe necesario del delito de robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa (fs. 160 vta.).

II. Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación la defensora pública coadyuvante, Karin Codern Molina (fs. 174/187), concedido a fs. 188/189 vta. y al que la Sala de Turno de esta Cámara le otorgó el trámite previsto en el art. 465, CPPN (fs. 195).

III. La defensa de Arce fundó sus agravios en ambos incisos del art. 456, CPPN y distinguió los motivos que a continuación se resumen.

1. Arbitrariedad por errónea interpretación y valoración de las pruebas producidas en el debate. Violación del principio *in dubio pro reo*

La recurrente sostuvo que el tribunal de mérito condenó a su asistido mediante conclusiones de aparente lógica y certeza, porque

los testimonios valorados por el *a quo* y el resto de las pruebas eran contradictorias entre sí.

Señaló que la damnificada, Beatriz Acosta, no pudo observar a la persona que sustrajo el teléfono y, por ende, no reconoció al acusado, como tampoco logró reconocer el celular secuestrado. El único testigo presencial que declaró en juicio fue Eduardo Marcelo Chidichimo y, por tanto, debían extremarse los cuidados para la valoración de esa prueba solitaria.

Al respecto, señaló: a) cuando ocurrió el hecho, el testigo se encontraba dos autos más atrás del vehículo de la denunciante; b) estaba conduciendo y, por ende, se ubicaba del lado izquierdo del automóvil, mientras que la víctima se situaba en el asiento del acompañante, esto es, del lado derecho; c) el hecho ocurrió un día hábil, en hora pico, en una avenida de gran circulación, por la que cruzan cientos de personas, cuando el semáforo se encontraba en rojo. De este modo, dudó que efectivamente Chidichimo haya podido ver a su defendido y entendió que su relato era insuficiente para condenar a su asistido, sin que exista otro testimonio que lo corrobore.

Por otra parte, respecto al cabo Eduardo Aníbal Villarreal recordó que el policía conocía al acusado porque dormía en la plaza Libertad y nunca había tenido problemas con él. Añadió que, pese a la supuesta persecución de la que estaba siendo objeto el imputado, en aquella oportunidad Villarreal mantuvo una conversación con Arce.

En definitiva, cuestionó que los sentenciantes en su análisis hayan priorizado el testimonio de aquellas personas que no presenciaron la totalidad del suceso por sobre los dichos de la víctima.

Finalmente, advirtió que el celular fue secuestrado en el cantero, y no envuelto en una campera como lo sostuvo el fiscal en su alegato.

Así, solicitó la nulidad de la sentencia y la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

2. Arbitrariedad por errónea elección de la ley sustantiva

En subsidio, la defensora planteó que la calificación adoptada no fue producto de una derivación lógica y fundada de las pruebas producidas en el juicio ni de las incorporadas al debate. Para la recurrente, correspondía aplicar al caso la figura del hurto simple en grado de tentativa porque el apoderamiento se produjo sin ejercer violencia física sobre la víctima ni fuerza sobre el teléfono.

3. Absolución por prescripción de la acción penal

En caso de receptarse el planteo sobre la calificación legal, la defensora postuló la prescripción de la acción penal (art. 339 inc. 2º, CPPN, en concordancia con el art. 62, inc. 2º, CP).

Indicó que la citación a juicio -último acto procesal interruptor del plazo de la prescripción- era del 31 de marzo de 2014; que el delito de hurto simple tentado se encuentra reprimido con una pena máxima de un año de prisión, por lo que correspondería la prescripción de la acción en un plazo mínimo de dos años; y, por ende, cuando se dictó la sentencia (30 de junio del 2016) ese término había transcurrido. Asimismo, hizo referencia al derecho al plazo razonable (arts. 8, inc. 1º, CADH y 14, 3. c), PIDCyP) y su vínculo con el instituto de la prescripción.

4. Monto de la pena

Finalmente, entendió que la pena fue arbitraria en función de las condiciones personales de su defendido y que no se desplegó fuerza física alguna sobre la menor. En efecto, para la recurrente, la determinación de la pena realizada por el *a quo* resultó contraria al art. 5, CADH.

Agregó que pese al planteo que formuló en el alegato, el tribunal de mérito omitió valorar que desde la fecha del hecho que aquí se investiga -dos años y medio, aproximadamente- su asistido no se vio involucrado en un nuevo acto ilícito. Tampoco los sentenciantes ponderaron las consecuencias que conlleva el encierro de una persona con las características del acusado, quien logró rencausar su vida y no ha cometido nuevos delitos hasta el momento.

IV. Ya sorteada esta Sala II, en el término de oficina, previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, se presentó el

defensor público oficial, Mariano Patricio Maciel quien, tras reiterar lo manifestado por su colega de la anterior instancia en el recurso de casación, agregó un nuevo agravio en relación con la revocación de la condena condicional y la unificación de penas (fs. 198/201). En efecto, el defensor advirtió que se unificaron ambas sanciones en una pena única en la que se incluyó la revocación de una condena anterior, cuando la segunda aún no había adquirido firmeza dentro del plazo legal previsto en el art. 27, CP, lo que a su entender configuraba un error *in iudicando* (fs. 198/205).

V. Transitada la etapa prevista en el art. 468, CPPN (fs. 209), el caso quedó en condiciones de ser resuelto.

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

CONSIDERANDO:

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

1. La valoración de la prueba realizada por el tribunal de mérito

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

“...{E}l 28 de febrero de 2014, cerca de las 16.45, en la intersección de la Avenida 9 de Julio y Marcelo T. de Alvear de esta ciudad, Claudio Rubén Arce intentó apoderarse del teléfono celular marca Blackberry, modelo 9300, perteneciente a la menor Aimé Elizabeth Barea, de quince años de edad, quien viajaba a bordo del automóvil modelo Musso Sanyong, junto a su madre, Elizabeth Beatriz Acosta.

“En efecto, ese día Acosta conducía su vehículo por la Avenida 9 de Julio en dirección al sur, y su hija iba en el asiento del acompañante, cuando al llegar a la calle Marcelo T. de Alvear, se detuvo por indicación del semáforo. Arce se acercó entre los autos que estaban frenados, caminando por la calzada, y aprovechando que la jovencita estaba con el vidrio bajo, de un fuerte tirón arrebató el celular que llevaba en su regazo, y de ese modo también arrancó de los oídos de la víctima los auriculares que llevaba puestos. Luego corrió en dirección a la plaza ubicada en dicha Avenida, entre Paraguay y Marcelo T. de Alvear.

“Varios automovilistas que observaron la situación, empezaron a tocar bocinar y a gritar, entre ellos, Eduardo Chidichimo y Alfredo Fagalde, que siguieron a Arce hasta la plaza, primero en auto y luego a pie.

“A su vez, el Cabo Eduardo Anibal Villarreal, que estaba de servicio en la esquina de Cerrito y Paraguay, observó cómo Arce venía corriendo por la Avenida 9 de Julio en dirección a la plaza, por lo que le llamó la atención y lo siguió. Una vez allí, vio que al advertir su presencia el acusado se quitó una campera bordeaux que llevaba puesta y dejó algo al lado de una planta, por lo que se acercó y comenzó a hablar con él, para averiguar qué había pasado. En ese momento llegaron al lugar los perseguidores de Arce, quienes comentaron al policía lo sucedido. Éste constató que el objeto que el imputado había arrojado al lado del banco era un teléfono celular con auriculares. Por ese motivo, procedió a la detención del acusado y al secuestro del objeto sustraído...” (fs. 168/168 vta.).

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

i. El testimonio de Elizabeth Beatriz Acosta, quien indicó las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjeron los hechos investigados (fs. 163/163 vta.).

ii. Los dichos de Eduardo Marcelo Chidichimo y Alfredo Fagalde, quienes observaron el hecho y tomaron parte en la persecución del imputado (fs. 163 vta.).

iii. La declaración del Cabo Eduardo Anibal Villarreal y el Subinspector Pablo Cortés quienes intervinieron en el hecho (fs. 163 vta./164 y 165/165 vta.).

iv. El acta de fs. 4, confeccionada por el Cabo Villarreal, que da cuenta de la detención de Arce el 28 de febrero de 2014, a las 17.25 horas, en la plaza ubicada en Cerrito y Marcelo T. de Alvear de esta ciudad (fs. 164).

v. El acta de fs. 5, confeccionada también por el Cabo Villarreal, el día 28 de febrero de 2014, a las 17.30 horas en la misma plaza, de la que surge el secuestro del teléfono celular ubicado entre las ramas de una planta, y de la campera del imputado (íd.).

vi. El informe médico legal de Arce de fs. 24, en el que consta que está lúcido y orientado en tiempo y espacio (íd.).

vii. El peritaje del teléfono y los auriculares secuestrados de fs. 12 (íd.).

viii. Las fotos del teléfono y los auriculares secuestrados de fs. 13 (íd.).

ix. El informe socio ambiental de Arce obrante a fs. 29/31 de su legajo de personalidad (íd.).

x. Las fotos del imputado Arce de fs. 4/5 de su legajo personal (íd.).

xi. El informe socio ambiental y el certificado de antecedentes del acusado, obrantes en el legajo de personalidad (íd.).

c. La sentencia afirmó que la valoración conjunta de las declaraciones de la madre de la menor damnificada, Elizabeth Beatriz Acosta, de los testigos, Eduardo Chidichimo y Alfredo Fagalde, y del Cabo Eduardo Antonio Villarreal, así como de las actas de detención y secuestro, permitían concluir “*sin ninguna clase de duda*” que el hecho se produjo y que Arce había sido su autor (fs. 169).

Así, producto de la inmediación propia del juicio oral y público, los sentenciantes advirtieron que la declaración de Acosta los había impresionado como “*absolutamente sincera y clara*” (íd.), sin perjuicio de alguna falta de memoria que atribuyeron al tiempo transcurrido; explicaron que la damnificada brindó una descripción detallada de cómo sucedió el hecho y recordaron que según manifestó “*...mientras ella estaba parada con el auto en el semáforo, el imputado vino por atrás y le arrebató el teléfono a su hija, arrancando de ese modo los auriculares que tenía colocados en sus oídos, situación que fue advertida por varios automovilistas que estaban en el lugar y que salieron a perseguirlo, hasta que la policía lo detuvo en la plaza Libertad.*” (íd.).

Por otra parte, los magistrados entendieron que los testimonios de Chidichimo y Fagalde se vinculaban de manera armónica con el relato de Acosta: “*...ambos vieron la secuencia de la sustracción, persiguieron al ladrón hasta la plaza Libertad, y allí comentaron al policía Villarreal lo sucedido, indicándole que Arce era el autor del hecho.*” (íd.). Asimismo, destacaron que durante su declaración en el juicio, Chidichimo señaló de

forma espontánea a Arce como el autor del hecho. Para el tribunal de mérito, estos testimonios -y, en particular, el relato de Chidichimo que fue oído en el debate- no parecían inspirados en algún sentimiento de odio o de venganza respecto del acusado, a quien los testigos no conocían previamente.

Los citados testimonios, además, estaban corroborados con los dichos del Cabo Villarreal, que también fueron valorados por el *a quo* como “claros y coherentes” (fs. 169 vta.). Como precisaron los sentenciantes, el policía admitió conocer al imputado porque Arce dormía y mendigaba en las cercanías de la plaza y expresó que siempre había tenido una buena relación con el acusado, lo que no fue desmentido por ninguna prueba incorporada al juicio, ni por alguna referencia de Arce. En lo que respecta al suceso en concreto, recordaron que Villarreal explicó que “...*el día del hecho vio a Arce cruzar corriendo la Avenida 9 de Julio, entrar en la plaza de Cerrito y Paraguay y sentarse rápidamente en un banco, lo cual le llamó la atención. Que se acercó hacia él, y que le llamó la atención que al verlo, Arce se quitara la campera que llevaba puesta y tirara un objeto cerca de una planta. Relató que se puso a hablar con el nombrado en forma amable, hasta que llegaron al lugar unas personas que le comentaron lo que había sucedido. Por eso buscó entre las plantas cercanas al banco y encontró el celular y los auriculares que habían sido sustraídos, circunstancia que lo determinó a detener al acusado.*” (id.).

En ese marco, el tribunal de mérito afirmó que la consideración conjunta de estas evidencias permitía descartar la hipótesis la defensa que pretendía desvincular a su asistido de lo sucedido. De este modo, sostuvieron que no sólo la responsabilidad de Arce fue afirmada categóricamente por Chidichimo y Fagalde, sino que el Cabo Villarreal vio al acusado cruzar corriendo la Av. 9 de Julio desde el lugar de la sustracción, y observó cuando tiraba al lado de una planta cercana el teléfono celular que había sido sustraído a la damnificada. En ese contexto, entonces, entendieron que ninguna incidencia tenía que Acosta expresara en el juicio que no había podido ver al autor del hecho, porque los dos testigos que estaban detrás de su automóvil manifestaron haber advertido toda la secuencia y persiguieron a Arce hasta el lugar en el que

fue detenido y donde se le secuestraron los efectos que le había quitado a la víctima.

2. Análisis de la valoración de la prueba

a. Tal como se adelantó (punto III, a.), la defensa consideró que la valoración de la prueba efectuada por el *a quo* fue arbitraria, y reclamó la aplicación del principio *in dubio pro reo* (art. 3, CPPN).

b. El recurso de la defensa efectúa una lectura parcial de la prueba valorada por el tribunal de mérito y trata de reducirla a un único testimonio (el de Chidichimo), cuando en realidad, se trata de un conjunto de elementos que -como señalaron los sentenciantes- se articulan e integran entre sí. Como se reseñó (punto 1), el testimonio de la damnificada fue analizado por los jueces de mérito, globalmente con toda la prueba reunida: los testigos presenciales, Eduardo Chidichimo y Alfredo Fagalde, y el relato del Cabo Eduardo Antonio Villarreal, así como las actas de detención y secuestro, que como advirtió el *a quo* permitían concluir “*sin ninguna clase de duda*” que Arce fue el autor del hecho (fs. 169).

Por lo demás, la defensora crítica el testimonio de Chidichimo a partir de la ubicación en la que se encontraba con relación al hecho, sumado a la cantidad de personas que por esas horas circulan por la Avenida 9 de Julio, lo que a su entender podrían haberlo confundido al imputar al acusado. Sin embargo, corresponde precisar que en su relato Chidichimo explicó que “*...él venía circulando por la Avenida 9 de julio y notó por el espejo retrovisor, alguien que se acercaba con campera, lo que le llamó la atención porque hacía mucho calor. Vio que esa persona siguió hacia adelante y advirtió el momento en que sustrajo un celular o un mp3 a una camioneta que estaba adelante. Todos los automovilistas empezaron a tocar bocina, lo siguió, estacionó el auto en la plaza, empezaron a buscarlo y un policía lo detuvo. Se había sacado la campera el imputado.*” (fs. 163 vta.). Además, en el debate afirmó que “*...la persona que vio sustrayendo el elemento era la misma que detuvieron, no tuvo dudas al respecto.*” (íd.).

De su testimonio, por lo tanto, se desprende que Chidichimo detalló las circunstancias que aquella tarde captaron su

atención vinculados con el comportamiento del acusado. Incluso, destacó que su curiosidad se despertó cuando por el espejo retrovisor observó a una persona que pese a las altas temperaturas de aquel día se acercaba vistiendo una campera. La secuencia, además, no solo fue advertida por él sino por todos aquellos que en ese momento comenzaron a alertar lo que había ocurrido, tocando la bocina de sus automóviles.

En otro orden, la ubicación en la que se encontraba el testigo lejos de restarle credibilidad a sus dichos, le otorga mayor valor toda vez que le permitía contar con un campo de visión integral del hecho. Esta circunstancia se contrapone con la teoría de la recurrente respecto a que solo la damnificada podía percibir íntegramente el hecho. Por el contrario, se advierte que correctamente el tribunal *a quo* valoró que Chidichimo no solo prestó atención a la conducta de Arce y percibió el momento de la sustracción, sino que aquel intervino en su persecución.

Además, los agravios de la defensa se desentienden que el testimonio de Chidichimo se complementa con los dichos de Fagalde que, a requerimiento de las partes, fue leído en el debate (fs. 164 vta.). Este testigo, indicó las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho, que resultan plenamente compatibles con lo dicho por Chidichimo. También brindó una descripción de las características del imputado compatible con Arce. En efecto, el testigo recordó que cuando estaba estacionado “...en la intersección de la primera {la Avenida 9 de Julio} con la calle M. T. de Alvear, de esta ciudad, en el semáforo, aguardando que el mismo le conceda el paso...observó como una persona de sexo masculino arrebató del auto que se encontraba estacionado en marcha aguardando en el mismo semáforo que el deponente, un teléfono celular, más precisamente de la mano derecha, para luego de ello comenzar a darse a la fuga velozmente corriendo por la calle M. T. de Alvear en dirección de la Plaza de Libertad, momento en que se encontró con personal policial a quien le manifestó lo ocurrido y junto a él procedieron a ir en búsqueda del masculino, encontrándolo en Plaza Libertad junto a dos personas más, donde el personal de este numerario procedió a la detención del sujeto del ilícito.” (id.).

En el mismo sentido, como refirieron los sentenciantes, las declaraciones de Chidichimo y Fagalde se integran con el testimonio del policía Villarreal. Al respecto, la defensa señala que el policía conocía al

acusado y nunca había tenido problemas con él, destacando que aquella tarde conversó con el funcionario.

No obstante, la defensa nada dice que según la sentencia (fs. 168 vta.), llamó la atención de Villarreal que Arce corriera por la Avenida 9 de Julio en dirección a la plaza, por lo que tomó la decisión de seguirlo. Una vez en el lugar, refirió que al advertir el acusado su presencia se quitó la campera que llevaba puesta y dejó algo al lado de una planta, por lo que se acercó y comenzó a hablar con él, con el objeto de averiguar qué había sucedido. Fue en ese momento que llegaron al lugar las personas que perseguían a Arce, quienes lo pusieron en conocimiento de lo ocurrido y el funcionario constató que el objeto que el imputado había arrojado al lado del banco era, justamente, un teléfono celular con auriculares que, con posterioridad, fue reintegrado a la víctima tal como indicó Acosta en el juicio (fs. 163/163 vta.).

Frente a las pruebas reunidas, y tal como indicaron los sentenciantes, la circunstancia de que durante el debate Acosta afirmase que no había podido ver al autor de la sustracción, no impide concluir que el imputado fue el autor del hecho. Es que, no se trató de la única prueba, en tanto los testigos Chidichimo y Fagalde observaron toda la maniobra y persiguieron al acusado hasta el lugar en el que fue detenido por Villarreal, quien a su vez vio el momento exacto en el que el imputado tiraba al lado de una planta cercana los elementos que había sustraído.

c. Así las cosas, la parte recurrente no consiguió conmover los argumentos brindados por el *a quo* ni ha logrado demostrar una errónea o arbitraria valoración de la prueba producida en el debate. En efecto, no ha conseguido exponer elementos que permitan afirmar que el razonamiento y las inferencias realizadas por el tribunal de mérito conduzcan a dudar razonadamente sobre la intervención de Arce en el suceso, en los términos sentados en los precedentes **“Taborda”**¹, **“Marchetti”**² y **“Castañeda Chávez”**³ (entre muchos otros), como para justificar la aplicación del principio *in dubio pro reo* reclamado.

¹ Sentencia del 02.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 400/15.

² Sentencia del 02.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 396/15.

Cabe recordar que la contundencia de la hipótesis acusatoria no se mide en sí misma sino en su relación con la propuesta de absolución, lo planteado por el propio imputado y el respeto de la presunción de inocencia. En el proceso penal se trata de establecer cuál de las hipótesis en pugna reúne los requisitos de no refutación, confirmación y mayor confirmación que sus concurrentes.

Todo lo dicho conduce a proponer el rechazo de los agravios de la recurrente con respecto al razonamiento probatorio, dado que los argumentos expuestos en la sentencia cuestionada muestran que se ha tenido correctamente probado, *más allá de toda duda razonable*, la responsabilidad de Arce en el hecho investigado.

3. La calificación legal

a. Los sentenciantes subsumieron legalmente los hechos en el tipo penal del robo simple en grado de tentativa (arts. 45 y 164, CP).

El tribunal de mérito señaló que la violencia característica del robo se configuró por la abrupta maniobra que el imputado ejerció sobre la menor para quitarle el teléfono. En efecto, recordaron que se había probado que Barea llevaba el celular sobre su regazo, conectado a unos auriculares que la joven tenía colocados en sus oídos. Así, a la vez que tomó el aparato en forma subrepticia, Arce también arrancó aquéllos de los oídos de la víctima de un modo violento. En este sentido, por la forma en la cual los audífonos quedan sujetos en los pabellones auditivos, su extracción requiere de una maniobra realizada con cierta delicadeza y cuidado, lo cual según afirmaron no ocurrió en el caso (cfr. fs. 170/170vta.).

c. Como se indicó en el precedente **“Fuentes Carcaman”**⁴, no es fácil establecer *“...con carácter general, qué intensidad debe tener la violencia, ni parece que el criterio a tomar en cuenta deba ser el de la cantidad. Sólo importa señalar que no es preciso que con ella se venza una resistencia predispuesta, es decir, opuesta especialmente al apoderamiento mismo. Por eso es robo y no hurto quitarle de un manotón la cartera a una señora, sin que esta tenga tiempo de prevenirse para ofrecer resistencia. A diferencia de lo que ocurre con la fuerza en las*

³ Sentencia del 18.11.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 670/15.

⁴ Sentencia del 23.6.16, Sala II, jueces Niño, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 469/16.

*cosas, no hay un modo natural o normal de quitar las cosas con violencia en las personas...”*⁵

En el caso de autos, del testimonio de Acosta se extrae que “...iba con su auto por la Avenida 9 de julio en dirección al sur, su hija iba con los vidrios bajos, vino un hombre de atrás y le sustrajo el celular...” (fs. 163), según detalló “...su hija llevaba el celular en la falda con los auriculares puestos en los oídos, y que esta persona vino de atrás, manoteó el teléfono y salió corriendo.” (fs. 163/163 vta.) circunstancias que, en primer lugar, se compadecen con las fotos del teléfono y los auriculares secuestrados, esto es, audífonos intrauriculares -también denominados auriculares *in-ear*- que van colocados en el interior del conducto auditivo (fs. 13 y 164), así como el acta de secuestro labrada (fs. 5 y 164), y a su vez, se ajustan al apoderamiento violento que demanda la figura del robo (art. 164, CP).

Se advierte entonces que la defensa ha realizado una lectura parcial del testimonio de Acosta, en tanto se desentiende que el apoderamiento del celular, tal como se realizó en el caso concreto y de acuerdo con el razonamiento del *a quo*, implicó arrancarlo violentamente de sus oídos.

En consecuencia, se propone al acuerdo rechazar también este agravio de la defensa.

4. La solución adoptada en el apartado precedente con relación a la subsunción legal del hecho torna abstracto el tratamiento del planteo relativo a la prescripción de la acción penal.

5. La determinación de la pena

a. Para determinar la pena, los jueces de la instancia anterior tuvieron en cuenta la escala reducida que el art. 44, CP prevé para la tentativa y consideraron como agravante de carácter objetivo que la víctima fue una niña menor de edad, cuyas naturales posibilidades de defensa frente a la acción de un autor varón adulto se ven neutralizadas o disminuidas (fs. 171).

⁵ Cfr. Carlos FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, t. V, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1969, ps. 498 y sigs., con cita de distintas sentencias de la Cámara del Crimen de la Capital sobre el significado del término *arrebatado*.

Como pautas atenuantes, valoraron que Arce es una persona joven, que recibió educación primaria incompleta, que tiene a su cargo la manutención de su familia, integrada por su mujer y un hijo de apenas siete meses, que permaneció en situación de calle durante un tiempo prolongado, circunstancia que lo ha colocado en una particular situación de vulnerabilidad, y que se ha visto involucrado en conductas adictivas (id.).

b. La defensa entendió que en función de las condiciones personales de su asistido, los avances realizados por Arce desde la comisión del hecho delictivo y la ausencia de fuerza física alguna sobre la menor, la pena debió ser inferior a la que dispuso el tribunal de mérito.

c. En primer lugar, con respecto a las características de Barea, esa circunstancia constituye una pauta pertinente para medir la pena, en tanto el art. 41, CP, señala “...*la calidad de las personas...*”. Se trata aquí del aprovechamiento de situaciones de indefensión de las víctimas que se encuentra en el trasfondo de varias circunstancias agravantes contempladas en tipos calificados y representa una pauta de valoración general. “...*Como idea básica, puede afirmarse que, cuantos mayores sean las posibilidades de la víctima para prevenirse, para repeler el ataque o para procurarse auxilio, tanto menor será el ilícito del autor...*”⁶.

Al respecto, la defensa sostiene que su asistido no desplegó fuerza física alguna sobre la menor, pero este planteo se vincula, en realidad, con la calificación jurídica del hecho, agravio rechazado en el punto 3 y que por lo tanto no puede incidir en la medición de la pena.

Finalmente, en cuanto a las atenuantes, las que ponderó el tribunal *a quo* vinculadas a las condiciones de vida de Arce incluyen aquéllas por las cuales se agravio la defensa en su recurso (punto III.4). Y, en este aspecto, aquí tampoco la recurrente funda adecuadamente ni demuestra por qué esas atenuantes deberían tener una incidencia mayor en la fijación de la pena.

⁶ Cfr. Patricia ZIFFER en ZAFFARONI, Eugenio Raúl y BAIGÚN, David. (directores) *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Hammurabi, Buenos Aires, 2007, 1ra. Edición, Tomo III, pág. 451.

Por otro lado, tal como se desarrolló en los precedentes “**Santos Leguizamón y Coronel**”⁷ y “**Cardozo**”⁸, entre muchos otros, debe recordarse que la valoración de las pautas atenuantes no puede medirse en sí misma exclusivamente sino también en su relación con las agravantes valoradas, análisis ausente en el recurso.

En cuanto a la conducta posterior de Arce, respecto a que después del hecho aquí juzgado no cometió nuevos ilícitos, la defensa no ha demostrado de qué manera esa circunstancia *debió ser* valorada por los jueces de mérito y su vinculación con la culpabilidad por el suceso.

Por ello, corresponde así rechazar los agravios de la defensa en relación a este punto.

6. La pena única

Del resumen efectuado en el punto IV surge que, durante el término de oficina, el defensor público Mariano Patricio Maciel, de forma novedosa, se agravio de la revocación de la condena condicional y la unificación de penas dispuesta por el *a quo* (fs. 198/201).

Ahora bien, la revocatoria de la ejecución condicional de la pena anterior y la unificación de la pena que en ese momento procesal se cuestionó no surgió por primera vez, o de modo sorpresivo, con posterioridad a la sentencia del tribunal *a quo*, de modo tal que le hubiera impedido a la defensa efectuar un planteo oportuno. Por el contrario, fue requerida por el fiscal general en su alegato (fs. 167) y ello no provocó ninguna consideración desde esa perspectiva en la oportunidad en que intervino la defensa, y solo se limitó a requerir que se considere el tiempo de detención que Arce sufrió en el marco de la causa n° 4159 que tramitó ante el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3, en la que fue absuelto, respecto de la cual registra alrededor de siete meses de detención. En efecto, nada dijo la parte sobre el punto al momento de alegar en el juicio (fs. 167/168), ni en el recurso de casación interpuesto (fs. 174/187).

Al dictar la sentencia recurrida el tribunal de la anterior instancia sostuvo: “...*Arce registra una condena anterior, a la pena de un año y seis meses de prisión de ejecución condicional que, como partícipe necesario del delito de*

⁷ Sentencia del 7.7.17, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 573/15.

⁸ Sentencia del 27.10.17, Sala II, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 1071/17.

robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa, se le impuso el 17 de agosto de 2012, en la causa N° 3813 de Tribunal Oral en lo Criminal N° 28. Esta circunstancia exige el dictado de una pena única, en los términos del art. 58 del Código Penal. Además, determina la revocatoria de la ejecución condicional de la pena anterior, toda vez que el delito por el que Arce será condenado en este proceso fue cometido dentro del plazo de cuatro años previsto en el art. 27 del Código Penal.

“Para fijar la pena única el Tribunal tendrá en cuenta la naturaleza de los hechos por los que Arce ha sido condenado, así como las circunstancias atenuantes y agravantes que se han valorado tanto en este fallo como en el del Tribunal N° 28. Sin perjuicio de que se trata de una unificación de penas, el Tribunal estima que es factible aplicar el llamado sistema compositivo, esto sobre la base de la actual situación personal del acusado –ha dejado la vida en la calle y ha formado una incipiente relación familiar– y, además, porque la revocatoria de la condicionalidad de la anterior pena importará para el condenado una forma de ejecución más severa de la sanción.

“En tales condiciones, el Tribunal considera que corresponde imponer a Claudio Rubén Arce la pena única de un año y diez meses de prisión de efectivo cumplimiento.” (fs. 171 vta./172).

b. En distintos precedentes se ha señalado de manera constante que en el recurso de casación deben revisarse todos los *agravios que resulten verosímiles* (cfr. las sentencias en los casos “**Castañeda Chávez**”⁹ y “**Briones**”¹⁰). Sin embargo, esto no significa transformar al tribunal que examina la condena en una *jurisdicción de consulta*. Es que como se asentó en la causa “**Prado**”¹¹ la competencia de esta cámara es apelada y no originaria, lo que significa que en todos los casos únicamente pueden escrutarse los agravios concretamente planteados, según los términos del art. 463, CPPN.

En este sentido, no puede soslayarse el límite que implica para este tribunal pronunciarse, por primera vez, sobre cuestiones no debatidas en la instancia precedente. Si el objeto del recurso es la

⁹ Sentencia del 18.11.2015, Sala II, jueces Bruzzone, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 670/15.

¹⁰ Sentencia del 23.10.2015, Sala III, jueces Jantus, Garrigós de Rébora y Sarrabayrouse, registro n° 580/15.

¹¹ Sentencia del 01.12.2016, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 965/16.

sentencia considerada errónea, ello limita a este colegio, en tanto aquí se introduzca una cuestión no sometida a la decisión del anterior tribunal, pues ello implica que éste no pudo analizarla. La parte que intente soslayar este confín debe realizar un esfuerzo de argumentación adicional que muestre la existencia de un error u omisión tal que permita eventualmente superar aquella frontera.

c. Ahora bien, en el caso particular, el defensor intenta superar este obstáculo invocando un precedente de esta misma Sala. Así, se lee a fs. 204 que las decisiones de este colegio “...*deben atender a las circunstancias existentes al momento de su pronunciamiento, aunque sean distintas a las verificables en oportunidad de la interposición del recurso respectivo...*”. Sin embargo, en el precedente citado, se resolvió declarar abstracto un recurso porque la pena de prisión de efectivo cumplimiento había vencido. Como se advierte, el caso por el cual la defensa pretende hacer excepción a lo dicho precedentemente, carece de vinculación alguna con el presente, por lo cual, corresponde declarar inadmisibile este agravio.

7. En virtud de todo lo expuesto, se propone al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto, sin costas, en tanto se trató del ejercicio del condenado al recurso (arts. 456, inc. 1° y 2°, 470 y 471, *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

El juez Daniel Morin dijo:

1. Adhiero, en lo sustancial, a las valoraciones y a la solución que propicia el colega Sarrabayrouse en los puntos 1 a 5 de su voto, pues el *a quo* ha fundamentado de un modo razonable tanto la valoración probatoria como la calificación legal y la pena impuesta.

2. En cuanto al agravio efectuado por el defensor Maciel durante el término de oficina –vinculado a la revocación de la condena condicional y la pena única impuesta–, ya es conocida mi postura acerca de que no corresponde a esta Cámara tratar las cuestiones introducidas tardíamente por las partes –conforme los fundamentos desarrollados en los precedentes “**Medina**”¹² y “**Urrutia**”¹³, entre muchos otros–.

¹² CNCP, “Medina, Lucas y otros s/ robo agravado”, n° 17733/23, rta. 3/9/15, reg. n° 406/15.

¹³ CNCP, “Urrutia Valencia, Marcelo Alejandro s/ robo agravado por arma de utilería en tentativa”, n° 38884/14, rta. 3/9/15, reg. n° 414/15.

3. Por último, corresponde la imposición de costas a la defensa, por resultar la parte vencida.

4. Sobre esta base, voto por declarar inadmisibles el recurso de casación interpuesto por la defensa de Arce en lo que a los agravios introducidos en el término de oficina se refiere, y rechazarlo en los restantes aspectos, con costas (arts. 456, 465, 468, 469, 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

El juez Horacio L. Días dijo:

Adhiero, en lo sustancial, al voto del juez Sarrabayrouse, salvo en cuanto a la imposición de costas puesto que coincido con el juez Morin.

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:**

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa de Claudio Rubén Arce y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia recurrida, en todo cuanto fue materia de recurso; con costas -lo que se resuelve por mayoría- (arts. 456, 465, 468, 469, 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13, CSJN; Lex 100) y remítase al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 16, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

DANIEL MORIN

EUGENIO C. SARRABAYROUSE

HORACIO L. DIAS

PAULA GORSO
Secretaria de Cámara

