

Reg. n° 301/2017

En la ciudad de Buenos Aires, a los 24 días del mes de abril de 2017, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, Daniel E. Morin y F. Niño, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 153 / 161 por la defensa de Miguel ; en la presente causa n° CCC 45.278/2013/TO1/CNC1, caratulada “ , s/ recurso de casación”, de la que RESULTA:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 22, el 3 de junio 2015 resolvió -en lo que aquí interesa- “...I) *CONDENAR a MIGUEL , de las demás condiciones personales mencionadas en autos, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN de efectivo cumplimiento y costas, por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo simple (arts. 29 inc. 3, 45, 164 del Código Penal y art. 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)...II) UNIFICAR la pena precedentemente impuesta con la recaída en la causa N° 59248/2013 (n° interno 7724) del registro del Tribunal Oral de Menores N° 3 en la que con fecha 2 de febrero de 2015 se resolvió condenar al nombrado a la pena de cuatro años y cuatro meses de prisión, accesorias legales y costas por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido con arma impropia en grado de tentativa, en concurso real con robo agravado por haber sido cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa, agravado a su vez ambos hechos por haber sido cometidos con la participación de un menor de dieciocho años de edad, y en consecuencia CONDENAR A MIGUEL A LA PENA ÚNICA DE SIETE AÑOS DE PRISION y costas (arts. 29 inciso 3, 55 y 58 del Código Penal)...” (fs. 124 y 127 / 150).*

II. Contra dicha resolución, el defensor público oficial Ariel Cagnola interpuso recurso de casación (fs. 153 / 161), el que fue concedido el 1°

de julio de 2015 (fs. 162 / 163). Por su parte, la Sala de Turno de esta Cámara le imprimió el trámite previsto en el art. 465, CPPN (fs. 171).

El recurrente fundó su impugnación en ambos incisos del art. 456 y planteó los motivos que a continuación se resumen.

1. Agravios dirigidos a cuestionar la valoración de la prueba y relativa a la participación del imputado

La defensa sostuvo la ausencia de elementos probatorios suficientes para condenar a su asistido.

Remarcó que la sentencia se fundó únicamente en la declaración de Juan Carlos Nina Merlo, pues el policía Guillermo Serdá, quien también declaró en el juicio, no recordaba el hecho. En definitiva, consideró que sólo se contaba con un testigo presencial *único* para acreditar dos sucesos.

Respecto del primero, Nina Merlo no estuvo presente y la declaración de la presunta víctima, , fue suplida con “...*dichos de dichos...*” (fs. 157 vta.), en tanto Serdá repitió lo que le habría relatado aquél. El recurrente agregó que esto imposibilitó que su testimonio pueda ser contrastado en los términos del fallo “Benítez” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (sentencia del 12 de diciembre de 2006, causa B.1147.XL), en tanto no declaró en el debate.

Con relación al segundo de los hechos, sostuvo que en la ponderación efectuada por el tribunal *a quo* se invirtió la carga de la prueba. El imputado “...*no tenía que probar en qué circunstancias logró recuperar el elemento sustraído por los agresores, así como tampoco qué intervención había tenido en el hecho que damnificó a Nina Merlo, ni porqué (tal como exige el fiscal) quería defender al damnificado...*” (fs. 158 vta.).

Además, agregó que se omitieron considerar otras cuestiones: el testigo Nina Merlo relató que fue abordado por cinco personas que lo golpearon y tiraron al piso, momento en que se tapó la cara. La recurrente dedujo “...*por el grado de obnubilación que cabe deducir le generó el hecho, la posibilidad de que completara mentalmente algo de lo que ocurrió y no vio...*” (fs. 158 vta.). Sumó a esta eventualidad, la versión del propio imputado en tanto sería absurdo que si hubiera sido el

responsable del delito, regresara al lugar en el que se cometió. En consecuencia, y por aplicación del art. 3, CPPN, bregó por la absolución de su asistido.

2. Agravios dirigidos a cuestionar la calificación legal del hecho

Sucintamente, la recurrente alegó que ambos hechos debían quedar en grado de tentativa atento a que los faltantes no fueron acreditados *"...más allá de los dichos de un testigo único (dinero y celular) y por un elemento (charango) que habría sido sustraído a quien nunca se presentó a reclamarlo ni a declarar..."* (fs. 160).

3. Agravios dirigidos sobre la determinación de la pena y su unificación

La defensa cuestionó por arbitraria la mensuración de pena discernida en el caso por haber omitido considerar circunstancias planteadas durante el juicio.

En esa dirección, entendió que la sanción no puede ser igual *"...cuando se conoce lo que se perdió que cuando, como ocurrió respecto del celular y el dinero, no se lo conoce; y no puede ser lo mismo cuando no se recupera el elemento sustraído, que cuando se recupera, como ocurrió con el charango..."* (fs. 160 vta.).

Del mismo modo, la impugnante se agravió de que se hayan omitido las condiciones personales del imputado: una persona joven, de formación acotada y sin antecedentes como mayor de edad.

Por otro lado, la defensa cuestionó que no se haya mantenido la proporcionalidad respecto de la pena que el fiscal había requerido en el debate, bajo una calificación más gravosa.

Finalmente, en torno a la unificación, entendió que el monto era elevado y que el tribunal no brindó motivos que impidan unificar todas las penas en la sanción aplicada por el tribunal de menores.

III. En el término de oficina, previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, se presentó la defensora pública oficial Cecilia Mage, quien reeditó y amplió los agravios vertidos en el recurso de casación (fs. 174 / 181).

IV. Se celebró la audiencia prevista por el art. 468, CPPN, a la que compareció el defensor público oficial Mariano Maciel, de lo cual se dejó constancia en el expediente a fs. 185.

El defensor sostuvo el recurso interpuesto y planteó los mismos cuestionamientos plasmados tanto en el recurso como en la presentación realizada en el término de oficina.

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

CONSIDERANDO:

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

1. Los colegas de la instancia anterior tuvieron por probados dos hechos calificados como robo simple (art. 164, CP).

El primer episodio lo describieron de la siguiente manera: “... *Miguel VERA RODRÍGUEZ el día 26 de agosto de 2013 alrededor de las 20:00 horas, en la intersección de las calles José León Suárez e Ibarrola, junto con otros sujetos no identificados, sustrajo un instrumento musical –charango- propiedad de Francisco* .

“En dicha oportunidad, el nombrado junto con los otros individuos se abalanzaron sobre el damnificado y luego de haberle propinado varios golpes, lograron despojarlo del bien en cuestión...”.

A su vez, el segundo de los sucesos, por su cercanía en espacio y tiempo se precisó de este modo: “...*Pocos momentos después, alrededor de las 20:30 horas de ese mismo día, Miguel junto con otros cuatro masculinos lograron sustraerle a Juan Carlos Nina Merlo un teléfono móvil marca Samsung Galaxy S y una billetera negra con la suma de mil quinientos pesos (\$1.500).*

“En esta ocasión el imputado junto con los otros malvivientes se acercaron a la víctima que se encontraba en la estación Terminal de ómnibus sita en las calles José León Suárez e Ibarrola de esta ciudad, ocasión en la que lo comenzaron a golpear en todo su cuerpo para lograr su cometido y luego darse a la fuga.

“Así fue que minutos más tarde, mientras que Nina Merlo se limpiaba las heridas, observó que el imputado se encontraba caminando cerca suyo, motivo por el cual procedió a increparlo y retenerlo hasta que arribó personal policial.

“Que en poder del imputado se hallaba el charango previamente sustraído a , quien luego se acercó al lugar donde se hallaba detenido y

pudo reconocer el bien de su propiedad y a Vega como uno de los autores del hecho..." (fs. 133).

Resumidamente, se valoraron las siguientes pruebas producidas en el debate:

a. La declaración del policía Guillermo Serdá (fs. 128 vta.).

b. El testimonio prestado por Juan Carlos Nina Merlo, damnificado en el segundo de los hechos (fs. 128 vta. y 129).

c. La incorporación por lectura de las actas de detención y secuestro de fs. 4 y 5, las declaraciones testimoniales de Carlos Miguel Galarza (fs. 6) e Ivon Alicia Nina Merlo (fs. 7), los planos de fs. 8 y 9, el informe médico policial (fs. 20), las fotografías de fs. 23 y, del legajo de personalidad, la certificación de los antecedentes del imputado

A partir de esta prueba, el tribunal valoró:

d. La declaración prestada por Nina Merlo, quien señaló a como uno de los sujetos que lo golpeó y le sustrajo su billetera y el teléfono celular. El testigo no presentaba confusión alguna *"...ya que en la audiencia de debate fue concluyente en cuanto a la seguridad de que el imputado fue el autor..."* (fs. 135).

Estas manifestaciones, sumadas a la ratificación que hizo el policía Serdá de las actas labradas con motivo de su intervención, permitían tener por probado este hecho.

e. En relación con el primero de los sucesos, el voto del juez Paduczak que lideró el acuerdo, consideró que *"...si bien no pudo ser habido al momento del debate el propietario del instrumento musical, , lo que impidió la incorporación de su declaración policial en la causa, sus dichos nos llegan a través del damnificado del segundo de los hechos Nina Merlo..."* (fs. 135).

f. Descartó la explicación brindada por en el debate con respecto a su vinculación con los dos hechos, en tanto *"...no explica en qué circunstancias supuestamente logró recuperar el elemento sustraído por los malhechores, así como tampoco se entiende qué intervención habría tenido en el hecho que damnificó a Nina Merlo, máxime cuando contrastamos dicha declaración con los dichos del damnificado quien lo imputa directamente a , como uno de los autores del ilícito..."*(fs. 135 vta.).

2. Tal como se ha resumido (ver punto II. 1), la defensa de planteó que la sentencia era arbitraria en la valoración de la prueba de este hecho por contar con prueba insuficiente para arribar a una sentencia de condena.

Como puede apreciarse, en el caso no está discutida la presencia del imputado en el lugar donde ocurrieron los hechos. La controversia gira en torno a establecer si fue uno de los coautores de ambos.

a. Para afirmar tal circunstancia en relación con el primero de los sucesos, que para evitar confusiones, se denominará “el robo del charango”, la decisión atacada basó la condena de en los dichos de Nina Merlo, víctima del segundo despojo.

Sobre este aspecto, el testigo refirió que “...Ese [el imputado] tenía un charango que era de otra persona a la que habían robado igual, que apareció después de media hora y dijo ‘ellos me robaron’, por el charango. Precisó al respecto que la patrulla estaba ahí coordinando, preguntándole a él cómo fue y apareció una persona mayor, de unos 45 años, y dijo que lo habían robado, estaba también golpeado, y dijo ‘s mi charango’; uno de ellos lo tenía, al que él alcanzó lo tenía (...) Cuando ya estaba la policía, pasaron unos 10 o 15 minutos y llegó el señor del charango...que ese hombre dijo ‘iba caminando, aparecieron los pibes, me tumbaron en el piso, me empezaron a pegar y me sacaron el charango’; estaba golpeado, tenía raspaduras en la cara...”.

Cabe destacar que los dichos de Francisco , víctima de este hecho, no fueron incorporados al juicio conforme surge del acta de debate y de la propia sentencia, motivo por el que sólo se cuenta con lo narrado por Nina Merlo en el párrafo anterior. De ello se desprende lo siguiente:

- El testigo no presencié la secuencia en la que fue abordado y luego despojado del instrumento musical.

- La imputación surge como resultado de lo que le habría dicho (“ellos me robaron”) y que tenía el charango en su poder.

Frente a este último aspecto, el imputado durante el juicio manifestó que “...lo quería defender, porque le dijo que lo habían robado, pero lo quería defender, porque paraba ahí, no tenía nada que ver en el hecho. Lo vio pasar un par de veces, no tenía nada que

ver. El charango vio que lo tenía el otro pibe y que lo robaron, y le pidió que se lo pase, y regresó al lugar para buscar al damnificado que le habían robado. Le sacó el charango a los ladrones porque vio que se lo sacaron a otro y lo fue a buscar al damnificado para dárselo y no lo encontró; y justo se encontró al otro pibe, al que declaró el martes, al que él quería defender, pero no tenía que ver con el robo..." (ver fs. 119 del acta de debate).

Como puede apreciarse, afirmó que estuvo presente en el hecho pero que su accionar, esencialmente, se dirigió a intentar devolverle el charango a .

Con ese norte y aún cuando tal como afirma la sentencia se desconocen las circunstancias por las cuales el imputado tenía en su poder el charango, lo cierto es que ello, por sí solo, es insuficiente para afirmar que resultó ser uno de los autores de su despojo.

En efecto, el análisis efectuado en la sentencia no conduce de modo unívoco a probar la participación del imputado en el robo; con mayor razón, cuando el propio brindó una versión distinta al respecto que no pudo ser confrontada en el debate con los dichos de . Por lo demás, la declaración del policía Serdá en el debate fue imprecisa, pues casi no recordó nada de lo sucedido. Y en cuanto a las actas y el croquis que reconoció este testigo (fs. 4, 5, 8 y 9) sumados al recuerdo del secuestro del instrumento musical son insuficientes para considerar probada la participación de en este hecho. Además, los colegas de la instancia anterior no explicaron de qué modo estos elementos servían para suplir las falencias apuntadas y permitían afirmar la autoría del imputado. Es que, tal como se dijo en el precedente "Escobar"¹, la fundamentación de la cuestión fáctica de la sentencia debe constituir un procedimiento intersubjetivo, verificable, que permita reconstruir y revisar críticamente los pasos individuales realizados por el juez en el momento de valorar la prueba.

Ante estas estas imprecisiones y contradicciones planteadas, el tribunal *a quo* no ofreció razones ni explicó porque decidió darle crédito a esa hipótesis y dejar de lado la versión del imputado por ser *carente de lógica* (fs. 135 vta.). Además, ningún fundamento brindó que autorizara valorar la versión

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

brindada por un *testigo de oídas o de referencia* en tanto Nina Merlo no percibió por sus sentidos lo que efectivamente ocurrió con Chapucero Ramos, sino que narró lo que éste le habría manifestado.

b. El análisis efectuado conduce a afirmar que en el caso existe una *duda razonable*.

En los precedentes “Taborda”², “Marchetti”³ y “Castañeda Chávez”⁴, se ha analizado al alcance de la *duda* en el proceso penal y qué debe entenderse por *duda razonable*.⁵

La locución “más allá de toda duda razonable” como manera de mostrar el convencimiento del tribunal de mérito sobre el hecho sometido a su decisión, proviene del derecho anglosajón y está vinculada con el sistema de valoración de la prueba propio del juicio por jurados. Su alcance y contenido ha sido objeto de controversia⁶.

En síntesis, y a modo de conclusión, puede señalarse que los estándares de prueba se insertan en un proceso de valoración racional y, en consecuencia, su papel de guías para valorar primero y para justificar después será incompleto si esa valoración y justificación no se acompaña de los criterios racionales exigidos por la confirmación. Y en este aspecto juega un papel fundamental la obligación de los jueces de motivar la sentencia. De esta forma, *una decisión jurisdiccional será legítima en tanto sólo una duda bien razonada acredite ser una “duda razonable”*. En definitiva, no se trata de controlar lo que se enclaustra en la mente del juzgador sino lo que él expresa en su sentencia; y éste será el punto esencial que dirima la cuestión: la necesidad de fundar correctamente la cuestión fáctica de la sentencia que debe constituir un procedimiento intersubjetivo,

² Sentencia del 2.09.15, registro n° 400/ 15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.

³ Sentencia del 2.09.15, registro n° 396/ 15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.

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

⁵ Como integrante del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, provincia de Tierra del Fuego, pueden citarse a modo de ejemplo los siguientes casos: “Nieto” del 30.08.2008, registro n° 38, t. III, folios 414/438, protocolo 2008; “Gómez” del 5.11.2010; también el trabajo *Pautas para un futuro Código procesal penal de Tierra del Fuego. A la vez, un breve repaso sobre el estado de la legislación procesal penal en la Argentina*, trabajo elaborado dentro del proyecto de investigación *Bases para una reforma procesal penal en Tierra del Fuego* (UCES), publicado en <http://dspace.uces.edu.ar:8180/dspace/handle/123456789/928> en coautoría con Cecilia Incardona.

⁶ Sobre esta discusión véase LAUDAN, Larry, *Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), ps. 96-98; allí se reproduce el debate mantenido en la mesa redonda sobre el tema *Racionalidad y estándares de prueba* durante el XI congreso italo-español de teoría del derecho, en septiembre de 2005; véase también Ferrer Beltrán, Jordi, *Presentación*, DOXA, op. cit., ps. 93-94; en respuesta a Laudan intervinieron Michelle Taruffo, Marina Gascón Abellán y Juan Igartúa Salaverría, cuyas opiniones citaremos más adelante.

verificable, que permita reconstruir críticamente los pasos que llevaron al juez a tomar su decisión. En este contexto, duda razonable significa duda razonada, o mejor, duda justificada razonablemente, donde "razonable" equivale a carente de arbitrariedad. La consistencia de la duda no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena; y a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria.⁷

c. De esta manera, las contradicciones analizadas, la falta de tratamiento del valor del testigo de oídas o de referencia, en la valoración de la prueba efectuada por los colegas de la instancia anterior, sumados a la ausencia de una explicación plausible de las razones por las cuales se acogió una hipótesis y se descartó otra, permiten afirmar que existe en el caso una duda razonable acerca de quién fue el autor del robo sufrido por .

En este sentido, no basta con que el juez de mérito se convenza de la efectiva realización de un hecho sino que, además, debe justificar racionalmente esa convicción, de tal forma que excluya cualquier vacilación de aquel tipo. Al respecto se señaló que *"...cuando un juez afirma que 'A cometió el hecho T' sin utilizar la palabra probablemente, dice que existen buenas razones a favor de la verdad de su afirmación y, a la vez, que no existe ninguna duda digna de mención. También señala que cree lo afirmado y se hace responsable de ello. Es imposible, por estas razones, hablar de grados de certeza: sólo puede afirmarse que el convencimiento del juez se basa en razones que justifican su convicción sobre la verdad de la hipótesis acusatoria, según reglas de la vida práctica. Para que los terceros puedan convencerse de la verdad de la afirmación del juez, tienen que existir buenas razones intersubjetivas además de las subjetivas. La convicción del juez debe ser un convencimiento justificado, con fundamentos que lo hagan aceptable para un tercero, lo cual presupone una cuidadosa explicación de los hechos que incluya la eliminación de todas las hipótesis alternativas cercanas. Las razones que fundan la sentencia deben ser adecuadas para contradecir la presunción de inocencia que protege no sólo al imputado individual sino, y principalmente, los intereses de la generalidad (porque todos los integrantes de la sociedad están*

⁷ Cfr. las intervenciones de GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), ps. 127-139; IGARTÚA SALAVERRÍA, Juan, *Prolongaciones a partir de Landan*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 28 (2005), pp. 141-150; del mismo autor, *El caso Marey*, Trotta, Madrid, pp. 43-45; también SARRABAYROUSE, Eugenio C., *Responsabilidad penal por el producto*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 471.

expuestos a caer bajo la sospecha de haber cometido un delito). Es ineludible que también las hipótesis empíricas cuenten con un fundamento suficiente; por eso se comprende por sí mismo el hecho de que una sentencia insatisfactoriamente fundada es insuficiente, sin importar el convencimiento alcanzado por el juez...”; “...las dudas relativas al caso particular resuelto por el juez siempre son relevantes y es preciso ubicarlas en el ámbito de la libre valoración de la prueba. Al juez le compete establecer la dimensión de esta duda porque pesa sobre él la responsabilidad de condenar o absolver al imputado...”⁸

La forma en que se resuelve este agravio implica hacer lugar al recurso de casación en este punto, y absolver a Miguel por el hecho indicado como I.

3. Respecto del hecho II, si bien la defensa pretende la absolución de su defendido por aplicación aquí también del principio *in dubio pro reo* (art. 3, CPPN), sus agravios, a diferencia del primer suceso, se dirigen exclusivamente a cuestionar que la prueba se sostuvo sólo en la declaración de Nina Merlo y que sus dichos podrían resultar inexactos como consecuencia de la golpiza que recibió cuando fue abordado y desposeído de sus pertenencias.

En este caso particular, debe diferenciarse la valoración de este testimonio en lo que se refiere a lo que concretamente le sucedió a él y lo que contó le habría dicho el dueño del charango.

En otros precedentes⁹ se dijo que en nuestro sistema es posible condenar con la declaración de un único testigo, bajo ciertas condiciones. En el caso de autos, la valoración de este tramo del testimonio de Nina Merlo efectuada por el tribunal *a quo* es lógica, razonable y no luce arbitraria ni contradictoria ni padece de ningún otro vicio que la invalide, amén de no haber sido adecuadamente rebatida por la defensa.

Es que, tal como se anticipó, 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

⁸ Al respecto, c. *Responsabilidad penal por el producto*, op. cit., ps. 452-453, donde se cita a Ürs Kindhäuser, *Das Beweismaß des Strafverfahrens – Zur Auslegung von § 261 StPO [La medida de la prueba del proceso penal. Sobre la interpretación del § 261 de la Ordenanza Procesal Penal Alemana]*, Jura 1988, ps. 290-296. También la sentencia dictada el 30.09.2008, cuando integramos el Tribunal de Juicio en lo Criminal, Distrito Norte, Tierra del Fuego, en autos “Nieto” ya citados.

⁹ Sentencia del 1.04.2016, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarabayrouse, causa “Juncos Posetti, Hernan Pablo s/ abuso sexual”, registro n° 235/2016.

inocencia. Se trata de establecer cuál de las hipótesis en pugna reúne los requisitos de no refutación, confirmación y mayor confirmación que sus concurrentes.

En este sentido, culminó su indagatoria diciendo que *"...justo se encontró al otro pibe, al que declaró el martes [Nina Merlo], al que él quería defender, pero no tenía que ver con el robo..."* (fs. 135 vta.)

Estos argumentos fueron correctamente desechados por el tribunal de la instancia anterior, sin que la recurrente logre rebatirlo adecuadamente; en particular, ni la defensa ni el propio imputado explicaron qué hacía frente a la firme imputación que le dirigió la víctima.

Recordemos que Nina Merlo en el debate fue claro y preciso en su identificación del imputado como uno de los agresores: *"...Iba llegando del laburo, a eso de las 8.30, vinieron esos muchachos acercándosele, se cruzaron, lo agarraron, lo empezaron a golpear y le sustrajeron dinero y el celular que tenía; le sacaron mucha sangre de la nariz, tenía el ojo moreteado, porque lo agarraron en el piso y le empezaron a pegar todos; se fueron por el lado de la estación de tren; se sentó ahí y los veía que se iban; se fue para el lado que iban ellos y vio a uno de ellos que se acercaba, volvía (...). Era uno solo el detenido, los otros no sabía dónde estaban. No pudo recuperar sus efectos.... Dijo al fiscal que directamente vinieron a golpearlo, se quiso defender, sintió un brazo por el cuello por atrás, lo tumbaron en el suelo y lo empezaron a golpear, alguien lo agarró desde atrás. Al que él luego reconoció lo recordaba; cuando venían de frente tenía el charango, y luego de eso, el mismo volvía con el mismo charango. Todos lo golpearon, en cuanto cayó al piso se tapó la cara y todos lo empezaron a golpear. Le robaron \$ 1500 que tenía en la billetera y el celular Samsung S1; le sustrajeron todo. Cuando lo detuvo le dijo 'tú estabas con los que me robaron' y dijo 'no, te equivocas, los que te robaron fueron para allá, yo quería ayudarte para agarrarlos'; pero era uno de ellos. Estaba seguro de eso. Lo agarró, hizo un poco de quilombo, le dijo que le iba a devolver sus cosas, pasaron conocidos suyos, lo vieron ensangrentado y llamaron a una patrulla..."* (fs. 117 vta. y 118 del acta de debate; el destacado no es del original).

La transcripción efectuada revela que Nina Merlo recordó a Vega Rodríguez por haberlo visto antes que se abalanzaran sobre él, extremo que descarta cualquier confusión sobre su individualización.

Las razones expuestas por los jueces de la instancia anterior resultan entonces suficientes para tener por probada, *más allá de toda duda razonable*, la participación de [redacted] en el hecho II afirmada en la sentencia recurrida, por lo cual este agravio no puede prosperar.

4. Consumación del hecho

En el final del agravio vinculado a la valoración de la prueba, la defensa cuestionó que se consideró consumado el delito de robo por la “...*falta de prueba sobre la preexistencia de los elementos que habrían sido sustraídos...*” (fs.160).

El tribunal *a quo* calificó así este hecho de acuerdo con lo expresado por la víctima Nina Merlo, quien refirió que “...*le robaron \$1500 que tenía en la billetera y el celular Samsung S1, le sustrajeron todo...*” (fs. 118).

La valoración efectuada no es desacertada ni arbitraria. Por el contrario, atento el número de atacantes que participaron en el hecho, resulta evidente que uno de ellos se quedó con las pertenencias del damnificado, razón por la que los colegas de la instancia anterior desecharon correctamente la aplicación del art. 42, CP. Asimismo, el planteo de la defensa en cuanto a la necesidad de probar la “*preexistencia*” de los elementos robados llevaría a una comprobación imposible. En el caso particular, el crédito brindado a la declaración de Nina Merlo en aquello que lo damnificó resulta suficiente para verificar la consumación del robo.

5. Determinación judicial de la pena y unificación

a. Tal como se indicó en el inicio (punto I), los colegas de la anterior instancia impusieron la pena de tres años de prisión a [redacted] por considerarlo coautor del delito de robo simple en dos oportunidades y lo condenaron a la pena única de siete años de prisión (ver punto III de la sentencia). Si bien se advierte que en la parte resolutive de la sentencia (fs. 149 vt.

/ 150), la calificación de los hechos no fue correctamente expresada, se trata de un mero error material que no afecta la validez de la decisión en el punto.

b. Durante el juicio, la fiscalía había solicitado la imposición de una pena de cuatro años para el imputado y la unificación en ocho años de prisión, de acuerdo con una calificación que consideró más grave (robo agravado por haber

sido cometido en lugar poblado y en banda), descartada por la mayoría de los jueces que integraron el tribunal (magistrados Paduczak y Nardiello).

Para decidir la pena impuesta, el tribunal *a quo* consideró como agravantes la multiplicidad de intervinientes, la reiteración delictiva en consideración del escaso tiempo entre ambos hechos y la violencia desplegada (fs. 142 vta. y 143).

c. Tal como se señaló en el precedente “Medina”¹⁰, uno de los temas más olvidados y poco estudiados, aquí y en otras latitudes, ha sido y es la medición judicial de la pena. Si bien se registran avances en el punto, la amplia discrecionalidad que otorga el sistema y la carencia de un diseño procesal que facilite la discusión sobre aquella favorecen la inercia con que se ha desarrollado tradicionalmente el tema.

En el caso, el tribunal de mérito ponderó circunstancias agravantes específicas en relación al condenado, sin incluir circunstancias atenuantes.

Amén de las que no resultaron cuestionadas por la defensa, se tuvo en cuenta el número de participantes y el uso de violencia reiterado para perpetrar el robo, criterios que resultan pertinentes para medir la pena, según la descripción del suceso que se tuvo por acreditado: no es igual la ejecución de la acción -y la resistencia que puede oponer la víctima- frente a una mayor cantidad de atacantes; del mismo modo que la innecesaria reiteración de actos violentos para perpetrarla configura un exceso que rebasa los límites del tipo penal endilgado, lo que descarta que haya existido una doble valoración. En definitiva, se trata aquí de ponderar la *naturaleza de la acción*, que no es un concepto abstracto, sino la manera concreta en que se ha ejecutado la acción típica, particular de cada hecho y reveladora de múltiples aspectos que pueden y deben ser valorados (ya sea como atenuantes o agravantes) al momento de medir en la pena la intensidad del reproche penal (art. 41, inc. 1º, CP), como efectivamente se hizo.

Ahora bien, la absolución propuesta en los puntos anteriores sobre el primero de los hechos por los que fue condenado modifica sustancialmente la escala penal a considerar (de un mes a seis años de prisión, art.

¹⁰ Sentencia del 3.09.15, registro n° 406/15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.

164, CP) sumado a que una de las agravantes ponderadas (*la reiteración delictiva*) pierde todo sustento en la determinación de la pena a imponer.

En cuanto a las atenuantes planteadas por la defensa, no se advierte que el tribunal *a quo* al descartarlas implícitamente haya sido arbitrario o que hubiera incurrido en una errónea interpretación de la ley.

Atento a que ha sido entrevistado por el tribunal (art. 41, CP), razones de economía procesal aconsejan que sea esta Sala la que resuelva la pena a imponer.

En virtud de lo expuesto y teniendo en cuenta la pertinencia de las agravantes analizadas, la pena de un año de prisión se ajusta a las consideraciones efectuadas (arts. 40 y 41, CP).

b. Por último, resta unificar esta pena con la impuesta por el Tribunal Oral de Menores n° 3, el 2 de febrero de 2015, en el marco de la causa n° 59248/2013 (registro interno 7724), en la que fue condenado a la de cuatro años y cuatro meses de prisión, accesorias legales y costas por resultar coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haber sido cometido con arma impropia en grado de tentativa (hecho 1), en concurso real con robo agravado por haber sido cometido en lugar poblado y en banda en grado de tentativa (hecho 2), agravado a su vez ambos hechos por haber sido cometidos con la participación de un menor de dieciocho años de edad.

Tal como se señaló en el precedente “Sarno”¹¹, el art. 58, CP: trata sobre la unificación de penas, la que tiene lugar tanto si se hubieren dictado dos o más sentencias firmes violando las reglas de los artículos 55 a 57, CP (segunda regla) como en el supuesto en que, habiéndose dictado una sentencia condenatoria firme respecto de una persona, se la deba juzgar por otro delito, mientras todavía cumple pena (primera regla). En ambos supuestos, el juez debe construir una escala de acuerdo con las pautas establecidas en el art. 55, CP. Sin perjuicio del método aritmético o compositivo que el tribunal adopte (y de las razones que exponga para ello), lo cierto es que, en cualquier caso, la pena resultante debe ser la consecuencia de una valoración de las pautas establecidas en los arts. 40 y 41, CP. En este sentido, “...*la fijación de una pena única, sea que se*

¹¹ Sentencia del 8.10.2015, Sala II, registro 533 / 2015, jueces Morin, Sarrabayrouse y Bruzzone.

trate de un caso de unificación de sentencias dictadas en violación a las reglas del concurso, sea que se trata de un supuesto de unificación de penas manteniendo la individualidad de las condenas, exige siempre la aplicación razonada de las pautas de los arts. 40 y 41 del Código Penal, en el marco de la escala compuesta a tenor de los arts. 54 a 55, CP, según sea el caso. En este punto, rigen las exigencias de motivación de los arts. 399 y 404, inc. 2º, CPPN, del mismo modo en que rige para cualquier sentencia de condena..." (cfr. el voto del juez García en los autos "Delucchi"¹²).

En el caso particular, en atención a las razones vinculadas con las pautas establecidas en los arts. 40 y 41, CP y al empleo del método compositivo para fijar la pena, conducen a establecer una pena única de cinco años de prisión de efectivo cumplimiento.

6. En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de casación planteado por la defensa pública, casar la sentencia dictada a fs. 127 / 150 y absolver a Miguel por el suceso identificado como "hecho I"; modificar la pena impuesta por la de un año de prisión y unificar la misma con la dictada por el Tribunal Oral de Menores N° 3, en la de cinco años de prisión (arts. 456, inc. 2º, 471, 473, 530 y 531, CPP; 40, 41 y 58, CP).

El juez Daniel Morín dijo:

1.- Adhiero, en lo sustancial, a la solución propuesta por el juez Sarrabayrouse relacionada con la intervención de en el suceso que damnificara a Juan Carlos Nina Merlo –segundo hecho–, como así también con la acreditación de su consumación.

Ello, sobre la base de que la valoración de la prueba efectuada en la sentencia luce razonable, y la parte no logra demostrar la arbitrariedad que alega.

2.- No coincido, sin embargo, con la conclusión a la que arribó el colega en torno a la participación del nombrado en el hecho que denominó "el robo del charango".

Cabe destacar que este planteo resulta una reedición del que ya expuso la defensa en la instancia y que fue debidamente contestado por el *a quo* en la resolución puesta en crisis.

¹² Cfr. causa CCC 66788/2013/TO1/CNC1, "Delucchi, Diego Abel s/robo con armas", Sala I, sentencia del 4.11.2015, registro n° 620/2015, jueces Días, Bruzzone y García.

El juez que lideró el acuerdo sostuvo que “[no] quedaban dudas de la participación del incuso en el primero de los atracos, por cuanto Nina Merlo lo situó en el lugar de los hechos en poder del charango y luego esta situación se vio verificada con el secuestro del bien”.

Agregó que “si bien no pudo ser habido al momento del debate el propietario del instrumento musical, , lo que impidió la incorporación de su declaración en la causa, sus dichos nos llegan a través del damnificado del segundo de los hechos Nina Merlo”.

El tribunal, en este sentido, tuvo en cuenta que el damnificado Nina Merlo –víctima del segundo hecho– logró reconocer al aquí condenado porque era la persona que llevaba consigo un charango cuando un grupo de hombres lo fue a atacar y que después lo volvió a observar llevando el mismo elemento.

Asimismo, valoró la declaración del nombrado en cuanto señaló que ese instrumento musical se lo habían robado a otra persona. Indicó que ese hombre apareció golpeado unos minutos más tarde y que le contó que unos chicos le habían pegado y que le habían sacado el charango.

El *a quo* contó, a su vez, con las vistas fotográficas del mencionado instrumento (cfr. fs. 23).

Además, tomó en cuenta el testimonio del preventor Guillermo Sardá, quien recordó que en el marco de ese procedimiento se había secuestrado un charango. En igual sentido, ratificó el contenido del acta de detención de y el acta de secuestro del objeto señalado (cfr. fs. 4 y 5).

Se observa, en este contexto, que el charango es el elemento que conecta a ambos hechos delictivos, ya que por un lado fue el elemento que fue sustraído en el primer hecho y además sirvió de base para identificar al aquí condenado como uno de los autores que intervinieron en los dos robos. Cabe señalar que los sucesos se llevaron a cabo con pocos minutos de diferencia, a escasas cuadras de distancia y con la misma modalidad delictiva –a las dos víctimas las empujaron, las golpearon y les sacaron sus pertenencias–.

Por último, coincido con el análisis que realizó el tribunal para desechar la versión que diera el imputado sobre los hechos, en cuanto sostuvo que sus dichos se contraponían con el contundente relato de Nina Merlo, quien

estaba convencido de que el nombrado era uno de los partícipes de su atraco; a la vez que tampoco explicó las circunstancias en las cuales le había sacado el charango a los verdaderos responsables del primer hecho, ni tampoco brindó dato alguno sobre esas personas.

Sobre esta base, se advierte que el razonamiento desarrollado por el tribunal de juicio, mediante el cual se arribó a la conclusión de que en el hecho aquí sancionado intervino resultó plausible, a la vez que los agravios que planteó la defensa no lograron demostrar la arbitrariedad o la existencia de una duda que autorice la aplicación del principio *in dubio pro reo* que rige su empleo en el proceso penal.

En virtud de ello, corresponde entonces rechazar los agravios planteados por la defensa en este punto.

3.- Por otra parte, respecto a la segunda crítica efectuada por el recurrente en el marco del "hecho 1", vinculada al nivel de desarrollo del *iter criminis* alcanzado, considero acertada la solución propuesta por el tribunal.

Según surge de las constancias de la causa, en el momento en que el damnificado del segundo hecho -Nina Merlo- fue abordado por el grupo de personas que le sustrajo sus bienes, el aquí condenado llevaba consigo el charango que se le sustrajo previamente a , e incluso, cuando lo observó que caminaba por la calle y procedió a retenerlo también se encontraba con dicho instrumento musical.

En estas circunstancias, resulta claro que logró sacar de la esfera de custodia de su legítimo titular el bien en cuestión y tuvo su efectiva disposición. Por lo tanto, el hecho quedó consumado.

4.- Por último, adhiero al análisis que realizó el juez Sarrabayrouse en torno a la determinación de la pena que le impuso el *a quo* al nombrado y su unificación con la que le impuso el Tribunal Oral de Menores n° 3, a excepción de las consecuencias derivadas de la absolución del primer hecho que propuso.

En este sentido, al quedar en pie la acreditación de la intervención de en el primer suceso y por ende, la "reiteración delictiva" que fue ponderada como un agravante, corresponde confirmar el monto de las penas que le fueron impuestas en la instancia anterior.

El juez Fernando Niño dijo:

1. La defensa, en su recurso de casación, cuestionó: la participación del encartado en ambos sucesos por los que resultó condenado, la consumación del *iter criminis* en relación a esos episodios y la determinación de la pena (incluida su unificación).

2. En relación al agravio deducido por el recurrente orientado a cuestionar la autoría de [redacted] en la comisión del ilícito que damnificó al ciudadano Juan Carlos Nina Merlo –segundo hecho–, considero –al igual que mis colegas– que el tribunal de mérito valoró la prueba recibida en el debate bajo estricto apego a la regla de la sana crítica y los principios que la regulan. Asimismo, comparto las razones expuestas por el juez Sarrabayrouse en el punto 4 de su voto, en tanto y en cuanto el *a quo* descartó correctamente la aplicación al caso del art. 42, CP.

3. Mas no habré de concertar con el distinguido camarista preopinante en lo que se refiere a la existencia de una duda razonable, respecto del hecho que ha sido denominado –por todos– como “el robo del charango”.

En efecto, sobre el tópico habré de coincidir con los motivos señalados por el juez Morin en el punto 2 de su exposición, en punto a validar el razonamiento del tribunal oral para tener por acreditada la participación del imputado en la sustracción del aludido instrumento de cuerdas.

Estimo correcta la valoración de la prueba realizada por el *a quo* sobre el punto, sobre todo si se tienen en cuenta los dichos del testigo Nina Merlo –damnificado del primer hecho– quien fue muy claro al apuntar en el debate que “*cuando venían de frente (refiriéndose a sus agresores) tenía el charango, y luego de eso, el mismo volvía con el mismo charango*” (fs. 134/vta)... “ese (por [redacted]) tenía un charango que era de otra persona a la que habían robado igual, que apareció después de media hora y dijo ‘ellos me robaron’, por el charango”... “*Cuando ya estaba la policía, pasaron unos 10 o 15 minutos y llegó el señor del charango...ese hombre dijo ‘iba caminando, aparecieron los pibes, me tumbaron en el piso, me empezaron a pegar y me sacaron el charango’, estaba golpeado, tenía raspaduras en la cara*” (fs. 135).

Si bien no pasa inadvertido que el declarante resultó –a la sazón–, con respecto a este segundo hecho, un “testigo de oídas”, con lo cual su

valoración debe ser cuidadosamente atendida, la particular característica del objeto sustraído –que conecta al imputado con ambos sucesos–, la proximidad temporal entre uno y otro de los hechos, su ocurrencia en un mismo lugar geográfico y la existencia de igual *modus operandi*, despejan todo tipo de dudas acerca de la participación activa de [redacted] en el evento que damnificó a [redacted].

Luego, el descargo del acusado, intentando justificar la tenencia del inconfundible elemento bajo el pretexto de que se lo había sacado a los ladrones para devolvérselo al damnificado, aparece reñido con la puntual narración de Nina Merlo quien lo apreció llevándolo consigo, tanto cuando se dirigieron hacia él para damnificarlo como cuando se retiraron del lugar (fs. 134/vta.). A ello se suma que la incongruencia argumental exhibida por el propio encausado, respecto de la forma en cómo obtuvo el mentado bien, ya que en el mismo acto procesal de defensa material plasmado a fs. 119 refirió sucesivamente que *"lo tenía el otro pibe y que lo robaron, y le pidió que se lo pase"*, para seguidamente afirmar que *"le sacó el charango a los ladrones"* (ambos pasajes sin destacado en el original). En definitiva: frente a la clara descripción de los hechos por parte del testigo Nina Merlo, la equívoca versión de descargo del encausado luce como un mero intento de cohonstar su tenencia del bien sustraído a [redacted].

Corresponde, en consecuencia, rechazar la petición de la defensa en lo que a la arbitrariedad de la valoración de la prueba del segundo hecho respecta y confirmar la sentencia en este punto.

4. En cuanto al agravio dirigido a cuestionar la consumación de este último episodio, adhiero a los argumentos del colega Morin por cuanto el tiempo transcurrido entre los dos robos –media hora aproximadamente–, posibilitó que se extrajera de la esfera de custodia del damnificado el bien sustraído y, paralelamente, permitió a [redacted] disponer de aquel libremente.

5. Por último, la defensa solicitó la imposición a su asistido de una pena sensiblemente menor a la recaída en función de haberse incurrido en arbitrariedad al momento de determinarla, violándose, de tal modo, las reglas contenidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal.

Sobre el t3pico, coincido con las apreciaciones esgrimidas por el colega Mor3n en el apartado 4 de su voto y, en tal sentido corresponde confirmar el monto de las penas que fueron impuestas por el tribunal de juicio.

6. En definitiva, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casaci3n en todo en cuanto fue materia de impugnaci3n, sin costas en esta instancia (arts. 456, 465, 468, 469, 470 a *contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala II de la C3mara Nacional de Casaci3n en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayor3a, RESUELVE:

RECHAZAR el recurso de casaci3n interpuesto por la defensa p3blica oficial a fs. 153 / 16, en todo aquello que fue materia de agravio, sin costas (arts. 456, 465, 468, 469, 470 a *contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

Reg3strese, notif3quese, oportunamente comun3quese (Acordada 15/13 CSJN; Lex 100), y rem3tase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota.

Eugenio C. Sarrabayrouse
(en disidencia parcial)

Daniel Morin

L. Ni3o

Ante m3:

Paula Gorsd
Secretaria de C3mara

Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 45278/2013/TO1/CNC1