



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 32642/2015/TO1/9/CNC1

Reg. n° 1378/2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 30 días del mes de octubre del año dos mil dieciocho, se reúne la **Sala II** de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Daniel Morin, Horacio L. Días y Eugenio C. Sarrabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos por las defensas a fs. 1/13 y 14/26, en la presente causa **CCC 32642/2015/TO1/9/CNC1**, caratulada **“OJEDA, Marcos Leonel y otros s/legajo de casación”**, de la que **RESULTA:**

I) El Tribunal Oral de Menores n° 1, con fecha 8 de junio de 2016, resolvió, en lo que aquí interesa, *“I) NO HACER LUGAR a la declaración de inconstitucionalidad del Instituto de la Reincidencia (art. 50 del Código Penal de la Nación).- II) DECLARAR a MARCOS LEONEL OJEDA (...) coautor penalmente responsable del delito de robo, agravado por su comisión con arma (artículos 45, 166 inciso 2°, primer párrafo del Código Penal; y 4° de la ley 22.278).- III) CONDENAR a MARCOS LEONEL OJEDA (...) a la PENA DE DOS AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, cuyo cumplimiento se deja en suspenso y costas, en orden al delito por el cual fuera declarado coautor penalmente responsable en el punto dispositivo que antecede (artículos 5, 26, 29 inciso 3°, 40, 41, 45 y 166 inciso 2°, primer párrafo del Código Penal; 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación).- IV) CONDENAR a MARCOS LEONEL OJEDA (...) a la PENA UNICA DE TRES AÑOS DE PRISIÓN, cuyo cumplimiento se deja en suspenso y costas, comprensiva de la pena impuesta en el punto dispositivo anterior y de la pena de un año y seis meses de prisión, en suspenso, y costas que este mismo tribunal le impuso al nombrado el 28 de septiembre de 2015 en relación con las causas*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 32642/2015/TO1/9/CNC1

7706, 7829, 8042 de este Tribunal y la causa n° 28.272/2014 del registro del Tribunal Oral de Menores n° 3 (arts. 5, 26, 29 inciso 3°, 40, 41, 45, 58 y 166 inciso 2°, primer párrafo del Código Penal, 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación).- V) IMPONER a MARCOS LEONEL OJEDA, por el término de DOS AÑOS, conforme lo establecido por el artículo 27 bis inciso 6° del Código Penal, la realización de un tratamiento médico relativo a su adicción, previo informe que acredite su necesidad y eficacia.- VI) CONDENAR a DAMIAN ORLANDO PETELIN (...) a la PENA DE SIETE AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES y COSTAS, en orden al delito de robo, agravado por su comisión (con) arma, por el que deberá responder a título de coautor; y declararlo reincidente en los términos del artículo 50 del Código Penal (arts. 5, 12, 29 inciso 3°, 40, 41, 45 y 166 inciso 2°, primer párrafo del Código Penal y arts. 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación).- VII) CONDENAR a MIGUEL ALEJANDRO ZENIQUEL (...) a la PENA DE SIETE AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES y COSTAS, en orden al delito de robo, agravado por su comisión (con) arma, por el que deberá responder a título de coautor; y declararlo reincidente en los términos del artículo 50 del Código Penal (arts. 5, 12, 29 inciso 3°, 40, 41, 45 y 166 inciso 2°, primer párrafo del Código Penal y arts. 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación).- (cfr. fs. 38/39 vta.).

Los fundamentos de este pronunciamiento fueron dados a conocer el día 16 de junio de 2016 (40/91).

II) Contra dicha decisión, interpusieron recursos de casación el defensor oficial Fabio O. Potenza –en representación de Petelin y Zeniquel– y la defensora oficial Paula Vasallo –en representación de Ojeda– (cfr. fs. 1/13 y 14/26, respectivamente), los que fueron





concedidos por el *a quo* (cfr. fs. 92/93 vta.) y mantenidos en esta instancia (cfr. fs. 96 y 97, respectivamente).

El primero de los recurrentes fundó su impugnación en ambos incisos del art. 456, CPPN y criticó la sentencia porque: a) no existió prueba suficiente que permita tener por acreditado el uso de un cuchillo en el suceso; b) no debió aplicarse el art. 166 inc. 2º, primer párrafo, CP al caso; c) el hecho no se consumó; d) debió declararse la inconstitucionalidad y, subsidiariamente, la inaplicabilidad del art. 50, CP.

El segundo de ellos también sustentó su recurso en ambos incisos del art. 456, CPPN y adujo: a) que existió arbitrariedad en la valoración de la prueba realizada en la sentencia y ello condujo a considerar coautor a Ojeda; b) la inaplicabilidad del art. 166 inc. 2º, primer párrafo, CP al caso porque no existió prueba suficiente que permita tener por acreditada la utilización de un cuchillo en el suceso.

III) Posteriormente se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y sus integrantes decidieron otorgarle a los recursos interpuestos el trámite del art. 465, CPPN (cfr. fs. 99).

IV) Sorteada esta Sala II, durante el término de oficina, previsto en los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, se presentó el defensor oficial Mariano P. Maciel –en representación de Ojeda–, quien reiteró los agravios plasmados por su colega de la anterior instancia y añadió nuevos planteos, vinculados con el alcance del concepto de “arma” que integra el art. 166 inc. 2º, primer párrafo, CP y la comunicabilidad de las agravantes a los coautores (cfr. fs. 102/107).

V) Superada la etapa contemplada en el art. 465 citado, quinto párrafo, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas (fs. 115).



VI) Tras la deliberación realizada, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Morin dijo:

Según se reseñó en las resultas, el pronunciamiento dictado en autos por el *a quo* motivó la presentación de dos recursos: uno en favor de Petelin y Zeniquel y otro en favor de Ojeda.

De ellos surge que las cuestiones a resolver en esta instancia son las siguientes: 1) ¿Existió arbitrariedad en la ponderación de la prueba efectuada por el *a quo* al sostener la coautoría de Ojeda y el uso de un cuchillo en el suceso?; 2) ¿Implicó una errónea interpretación de la ley sustantiva la aplicación al caso del art. 166 inc. 2º, primer párrafo, CP y la consideración de que el hecho fue consumado?; 3) ¿Resulta inconstitucional o inaplicable el art. 50, CP?

1. Razonamiento probatorio

Como se anticipó, las críticas a la valoración de la prueba efectuadas por los recurrentes se dirigen contra dos extremos diferentes de la resolución impugnada: en primer lugar, contra la acreditación de la coautoría de Ojeda y, en segundo lugar, contra la acreditación del uso de un cuchillo en el hecho.

Antes de analizar ambas cuestiones, corresponde recordar que el hecho que se tuvo por probado en la sentencia fue aquel por el que la fiscalía requirió la elevación a juicio (cfr. fs. 499/503), consistente en que: *“El 2 de junio de 2015, a las 19:45 horas aproximadamente, Damián Orlando Petelin, Miguel Alejandro Zeniquel y Marcos Leonel Ojeda, de 17 años de edad a esa fecha, previo acuerdo de voluntades y distribución de funciones, mediante fuerza, violencia y el uso de armas –un cuchillo–, ingresaron a la farmacia ‘ABC’ ubicada*



sobre la calle Bartolomé Mitre 603, de esta ciudad, a metros de la intersección con la calle Florida, de esta ciudad, y se apoderaron ilegítimamente de un teléfono celular marca 'Motorola', modelo Moto G, abonado n° 15-3170-4393, de la empresa personal, propiedad de Romina Paola Cappa; de un aparato marca 'Samsung', modelo 'Galaxi Trend' de color negro, n° 15-5456- 8705, de la empresa 'Personal', de María Leonor Marcello; de un celular marca LG, abonado n° 15-5488-1067, de la empresa 'Movistar' de Viviana Edit Roca; un celular marca Samsung sin Chip; otro marca Iphone 3, n° 15-5423-7589 de la empresa 'Claro' y una billetera propiedad de Brenda Liliana Tejada, en cuyo interior contenía un D.N.I. n° 22.173.255, una tarjeta de crédito Visa y otra American Express del Banco HSBC, una tarjeta de débito del mismo Banco, una tarjeta de crédito Visa del Banco Macro, otra igual del banco Francés, su licencia de conducir, un tarjetero y la suma de doscientos pesos (\$200); un celular marca Nextel propiedad del personal de Seguridad del comercio, Juan Carlos Medina; y la suma de cuatro mil (\$ 4000) de la recaudación del negocio.

Para ello (...) accedieron al comercio en forma sorpresiva y violenta, aprovechando que no había clientes, y agredieron al personal de seguridad Juan Carlos Medina, tras lo cual se dirigieron al primer piso donde se encontraban Viviana Edit Roca y Benda Liliana Tejada, quienes, al escuchar ingresar a los delincuentes exigiendo la entrega de dinero, se escondieron en un cuarto de archivo, mientras los cacos se apoderaron de los efectos arriba señalados que las damnificadas dejaron en la oficina. Asimismo en la planta baja, abordaron a Romina Paola Cappa y a Ruth Elizabeth Cudero y, mediante amenazas de dispararles con un arma de fuego, sustrajeron a la primera su teléfono celular, tras lo cual, se





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 32642/2015/TO1/9/CNC1

dirigieron al baño de mujeres, donde se escondió otra empleada, María Leonor Marcello y, tras romper la puerta mediante puntapiés y amenazarla con un cuchillo del tipo tramontina, le sustrajeron su teléfono.

Fue así que, luego de despojar a los empleados de sus pertenencias y romper vidrios y parte del mobiliario, los imputados se apoderaron de la suma aproximada de cuatro mil pesos (\$ 4000), correspondientes a la recaudación del comercio, y salieron del local.

Dicho accionar fue advertido por vecinos que dieron aviso de lo sucedido al 911, circunstancia que motivó el desplazamiento al lugar de personal policial que logró detener a dos de los autores al observarlos salir del comercio, resultando éstos ser Zeniquel y Petelin, en poder de quienes incautaron dinero y, más precisamente al primero, el celular sustraído a Cappa y el I-Phone 3 de Brenda Tejada y la billetera de esta última con los elementos que se encontraban en el interior y el cuchillo utilizado contra María Leonor Marcello.

Minutos después, en las inmediaciones de la intersección de la Avenida Corrientes y la calle Suipacha, personal policial alertado del hecho y de las características de los autores, observó a Ojeda en momentos en que corría hacia 9 de Julio al tiempo que se quitaba la campera y miraba hacia atrás, razón por la cual, procedió a su detención al coincidir su descripción física con la del tercer sujeto prófugo”.

Al así concluir, los jueces del tribunal aludieron a los elementos probatorios que se exponen a continuación:

-Las declaraciones prestadas durante el juicio por Viviana Edit Rocca, Brenda Liliana Tejada, María Leonor Marcello, Ruth Elizabeth Cudero, Juan Carlos Medina, Tatyana Selezneva, Romina





Paola Cappa, el cabo de la P.F.A. Héctor Martínez, el ayudante de la P.F.A. Lucas Ismael Méndez y el cabo de la P.F.A. René Sergio Escalante.

-Las testimoniales incorporadas por lectura de los testigos del procedimiento Gabriel Imparto y Eduardo Luis Zilli de fs. 18 y 19, de Daniel Osmair Campos de fs. 5,6, y 7, de Ariel Gastón Ibáñez de fs. 5, 6 y 8, de Sandro Barrientos de fs. 9, 10 y 12 y de Carlos Velázquez de fs. 9, 10 y 11, que dieron fe de la legalidad de las actas de detención y secuestro.

-La prueba pericial incorporada por lectura al debate: el informe médico de fs. 90 y 162 de los principales y de fs. 23 y 45 de los legajos de personalidad de Zeniquel y Petelin, los informes periciales de fs. 151, los informes médico forenses realizados cfr. el art. 78, CPPN de fs. 296 de los principales y los de fs. 23 y 39 de sus legajos de personalidad.

-La prueba documental incorporada al debate: las constancias de las actas de detención y secuestro de fs. 5, 6, 9, 10 y 17, la certificación actuarial de antecedentes de fs. 513, 515 y 517, las actuaciones de fs. 440/404, la constancia de acreditación de la edad de Ojeda de fs. 205, las vistas fotográficas de fs. 153/154, 169, 328/335, 277/284 y 427 de las actuaciones principales y fs. 2/5 y 32/35 de los legajos de personalidad, las fotocopias de fs. 94/125 y las actuaciones policiales de fs. 165 y 436.

En función de ello, estimaron que lo expuesto por las damnificadas y el personal de seguridad fue constatado a lo largo del proceso. En particular, ponderaron:

-El reconocimiento de la coejecución del ilícito efectuado por los imputados del hecho descripto en el requerimiento de elevación a juicio, indicando que, en esencia, admitieron su comisión, pero con





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 32642/2015/TO1/9/CNC1

las siguientes limitaciones: *a)* Petelin y Zeniquel sostuvieron haber sido solo ellos coautores del delito y que no se utilizaron armas durante su desarrollo, mientras que el último de ellos agregó que tampoco sustrajeron bienes; *b)* el menor Ojeda inicialmente reconoció su coautoría en los términos consignados en el requerimiento de elevación a juicio, pero luego se rectificó aclarando que nunca ingresó al comercio y que desconocía si sus consortes de causa estaban armados.

-Descartaron las afirmaciones de Ojeda realizadas en la segunda oportunidad que declaró en el debate porque consideraron que fue contradictorio y que sólo perseguía mejorar su situación procesal pues, después de hacer un amplio reconocimiento en su primera declaración, la corrigió en lo atinente a su ingreso al local. En este sentido, aludieron a: *a)* los dichos de las víctimas Ruth Elizabeth Cudero y María Leonor Marcello, que fueron explícitas y concluyentes al afirmar, luego de describir el cuadro generalizado de amenazas de muerte y violencia que vivieron, que en el interior de la farmacia estuvieron tres sujetos del sexo masculino, a quienes describieron, coincidiendo sus características fisonómicas con las de los imputados y además, manifestaron que se utilizó un elemento filo cortante, que luego fue secuestrado; *b)* lo declarado por los restantes testigos en el juicio, que fue coincidente con lo expuesto por esas dos testigos y, en particular, por Tatiana Selezneva, quien dijo que en plena vía pública vio arribar a los imputados al comercio y que por resultarle sospechosa su actividad –porque uno se quedó afuera con actitud vigilante–, decidió reingresar al edificio del que acababa de salir para dar aviso a la prevención. Consideraron relevante su relato en virtud de que vio llegar al lugar únicamente a tres sujetos, a los que en un momento determinado perdió de vista, abocada en el interior del





edificio al llamado convocando al personal policial. Esto, a criterio de los magistrados, otorgaba credibilidad a los restantes testimonios en punto a que dentro del comercio interactuaron tres sujetos, a lo que se añadía que ciertos bienes nunca fueron habidos y que Ojeda fue aprehendido a un distancia considerable de la farmacia, lo que posibilitó la disposición de los bienes y demostraba que tuvo acceso a ellos durante el desarrollo del hecho.

Sobre esta base, concluyeron que, más allá de la confesión de los encausados, existía prueba de cargo decisiva y que ésta se refrendaba, además, en los informes técnicos del caso, las respectivas actas, lo atestiguado por el personal policial, los testigos del procedimiento al detenerse a dos de ellos a escasos metros del lugar y al restante a pocas cuerdas de allí, a instancias de la descripción física y de la vestimenta aportada por las víctimas.

1.1. Crítica a la acreditación de la coautoría de Ojeda

La defensa de Ojeda sostuvo que en la sentencia se priorizaron algunos testimonios por sobre otros y se consideraron parcialmente, lo que implicó un encuadre jurídico más gravoso.

En este sentido, expuso que podía validarse la presencia de Ojeda afuera de la farmacia donde ocurrió el evento, pero no su coautoría en el desapoderamiento, porque:

-El *a quo* se basó especialmente en los dichos de Ojeda y los ponderó injustamente, ya que soslayó que fue por el evidente estado de angustia y nerviosismo que atravesó en su primera declaración que solicitó ampliarla en la siguiente jornada, por lo tanto, su confesión debió analizarse con el alcance de lo afirmado en ambas ocasiones. En función de ello, cuestionó la aseveración de que esa ampliación solo buscó mejorar su situación procesal pues, en rigor de verdad, perseguía completar su primera versión. En este orden de ideas,



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 32642/2015/TO1/9/CNC1

expresó que Ojeda admitió haberse dirigido hacia la farmacia pero no su ingreso al local, ya que se quedó esperando en la vereda, hasta que vio patrulleros en la zona y se alejó por temor a ser detenido, a la vez que manifestó desconocer si sus consortes de causa tenían un cuchillo.

-El resto de la prueba avalaba su versión porque: *a)* la testigo Selezneva relató en la instrucción que uno de los integrantes se quedó parado en la puerta de la farmacia como “campana” y que no vio nada de lo que sucedió en su interior, pero sí al sujeto que continuaba oficiando de “campana”. Luego, en el juicio dijo que solo dos entraron y que un tercero permaneció afuera, el que, según la parte, respondía a las características de Ojeda, ya que estaba “drogado” y su defendido reconoció ante el tribunal su consumo problemático de drogas. Aunque esta testigo pudo haber sido imprecisa sobre la cantidad de personas que cruzó porque se las topó en plena calle Florida en horario de salida laboral, no fue dubitativa en cuanto a que uno de ellos se quedó afuera del comercio; *b)* René Sergio Escalante expresó que cuando vio a Ojeda se sacó y tiró la campera y empezó a correr, que no tenía nada encima cuando lo aprehendió ni en la campera, lo que contradecía lo dicho por las víctimas, quienes coincidieron en que todos los que ingresaron al local sustrajeron distintas pertenencias. Con base en ello, defendió la hipótesis de que su defendido en ningún momento ingresó a la farmacia ni tuvo contacto con quienes sí ingresaron luego de haber irrumpido en ella; *c)* los dichos de los restantes testigos sobre la cantidad de personas que ingresaron se vinculaban con el lugar en el que estaban o en que se refugiaron al ser sorprendidos por los tres sujetos, pero no hubo referencias a Ojeda porque no pudieron advertir su presencia porque estaba afuera. A partir de ello, consideró acreditado que ingresaron tres personas, mientras Ojeda permaneció afuera, hasta que se alejó al





notar la presencia policial; d) las testigos Ruth Elizabeth y María Leonor Marcello coincidieron en que las tres personas ingresaron violentamente al mismo tiempo, lo que, confrontado con el testimonio de Selezneva, solo permitía concluir que tres sujetos ingresaron a la farmacia mientras Ojeda permaneció afuera.

En virtud de estas consideraciones, discrepó con el alcance de la participación criminal asignada a su asistido en la sentencia, ya que su cooperación no fue indispensable para la comisión del hecho porque sin su intervención habría ocurrido igualmente, en tanto no efectuó ninguno de los elementos del tipo penal reprochado, no pretendió el hecho como propio, no lo dominó ni se acreditó la existencia de un plan previo.

Luego esbozó que, al existir dudas sobre su aporte, en virtud de las versiones discordantes y conjeturales de autos, correspondía atribuirle una complicidad secundaria y aplicarle el mínimo de la escala penal.

1.2. Crítica a la acreditación del uso de un cuchillo en el suceso

Por otra parte, ambas recurrentes impugnaron la comprobación del uso de un cuchillo en el desarrollo del suceso que se tuvo por acreditado en la sentencia.

La defensa de Zeniquel y Petelin adujo la inexistencia de pruebas que permitan tener por probado ese extremo porque si bien al primero de ellos se le secuestró al ser detenido un cuchillo tipo tramontina, no se probó su uso en el robo de la forma que exige la norma para tener por acreditada la agravante, pues: a) de los diez testigos que depusieron en el debate, sólo una –María Leonor Marcello– declaró haber visto un cuchillo de cocina viejo que estaba envuelto en una cinta celeste en la mano de uno de los detenidos; al



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 32642/2015/TO1/9/CNC1

serle exhibida la fotografía del elemento secuestrado, no pudo afirmar su correspondencia con el que ella vio; y dijo que lo vio al momento de la detención, por lo que era “*evidente que dicho elemento fue visto por la testigo en ese mismo momento y quizás en el nerviosismo del accionar ilícito, ‘creyó’ haberlo visto*”; b) resultaba llamativo que hubiera sido la única que lo vio cuando, a preguntas específicas de la defensa, las demás personas de la farmacia nada dijeron al respecto: en particular el personal policial que, por su condición de seguridad, de haber existido, habría sido utilizado para intimidarlo porque era quien podría haber opuesto una mayor resistencia; Brenda Tejada manifestó que lo vio al momento del secuestro pero no del hecho y que, según le comentó el personal de seguridad, “*lo amenazaron con un cuchillo*”, pero esto no fue corroborado por Medina; y aunque Cudero expresó que “*crea haber visto un cuchillo en manos de un menor*”, ello no resultaba posible porque el menor no ingresó a la farmacia, como lo refirió Selezneva y fue probado en el debate; y c) todas las testigos refirieron estar muy atemorizadas al momento del hecho e incluso algunas debieron ser atendidas por el SAME.

Por su parte, la defensa de Ojeda manifestó que no quedó demostrada la efectiva utilización del cuchillo, debido a que: a) si bien María Leonor Marcello aludió a su existencia, ni siquiera lo describió con precisión y de sus dichos se desprendían contradicciones insalvables, pues afirmó que se trataba de un cuchillo tipo tramontina, aunque reconoció que solo vio su hoja; luego dijo que era viejo pese a no haber podido ver su mango porque estaba encintado; y no pudo afirmar con seguridad que se trataba del mismo elemento cuyas fotografías le fueron exhibidas en la audiencia, respondiendo de forma confusa si se trataba del empleado en el robo; b) Juan Carlos Medina señaló que los atacantes le exigían la entrega de un arma y no





utilizaron ningún elemento para aumentar su poder ofensivo, lo que era esperable por su rol de vigilante.

Sobre esta base, consideraron que no existía la certeza requerida en un pronunciamiento de condena para sostener que el elemento secuestrado fue utilizado por los imputados, lo que, en función del art. 3, CPPN, llevaba a aplicar una calificación más benigna.

1.3. Para abordar estos cuestionamientos, cabe tener presente que nuestro ordenamiento jurídico prevé que en la valoración de la prueba deben seguirse las pautas establecidas por el sistema de la sana crítica racional (art. 398, CPPN), sistema que no impone normas generales para acreditar los hechos ni determina abstractamente el valor de las pruebas, como lo hace el sistema de prueba legal, sino que deja al juez en libertad para admitir toda la prueba que considere útil para el esclarecimiento de la verdad. Por ello, a excepción de las pruebas ilegales que no pueden ser introducidas y si lo fueron, no pueden ser valoradas, todo se puede probar y por cualquier medio¹.

La ausencia de reglas condicionantes de la convicción no significa, sin embargo, carencia absoluta de reglas. El sistema de la sana crítica exige la fundamentación de la decisión, esto es, la expresión de los motivos por los que se decide de una u otra manera.

Exige también que la valoración crítica de los elementos de prueba se realice de conformidad con las reglas de la lógica, de la experiencia y de los conocimientos científicos. La valoración, por último, debe ser completa, en el doble sentido de que debe fundar todas y cada una de las conclusiones fácticas y de que no debe omitir el análisis de los elementos de prueba incorporados.

¹ Cfr. VÉLEZ MARICONDE, ALFREDO; *Derecho Procesal Penal*, T. I; Marcos Lerner Editora, Córdoba, p. 362.



Es posible distinguir en el proceso de formación de la convicción judicial acerca de la existencia de los hechos dos momentos diferenciados.

El primero está fuertemente incidido por la inmediación, es decir por la percepción directa de la prueba en el juicio oral, v.gr. la apreciación sobre la veracidad de los dichos del testigo. Este aspecto no era controlable, bajo la lógica de la casación tradicional, por una cuestión de carácter técnico: un juez que no ve ni oye a un testigo no puede apreciar la veracidad o adecuación de su declaración² (tesitura que fue relativizada a partir del precedente “Casal”, aunque la inmediación continúe siendo el límite).

El segundo momento está constituido por el soporte racional de la formación de la convicción. Las deducciones que realice el juez a partir de la prueba deben observar, como ya se dijo, las reglas de la lógica, de los principios de la experiencia y de los conocimientos científicos. Por ello la deducción no puede ser lógicamente contradictoria, v. gr., de testigos que no saben no se puede deducir conocimiento. Tampoco puede contradecir la experiencia general, lo que ocurriría, por ejemplo, si no se ha tenido en cuenta que una persona no puede atravesar un vidrio sin romperlo. Por último, la deducción tampoco puede contradecir los conocimientos científicos suficientemente asegurados sin tener razones científicas que lo acompañen en su decisión³.

A diferencia de lo que ocurre con el control de los aspectos de valoración de la prueba que dependen en forma exclusiva de la percepción directa de aquella, la infraestructura racional del juicio sí es controlable mediante el recurso de casación, pues el ejercicio de

² Cfr. BACIGALUPO, ENRIQUE; *La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios*; Ed. AdHoc., Buenos Aires, 1994, p. 66/67.

³ *Ibidem*, p. 67/68.



ese control no se encuentra limitado en este caso por la percepción de la prueba vertida en el debate y la violación de las reglas de la sana crítica, en caso de ocurrir, implica el desconocimiento de las formas procesales que imponen la motivación de la sentencia.

Teniendo en consideración los parámetros reseñados, se advierte que –contrariamente a lo postulado en los recursos bajo estudio– se presentan en el caso indicios unívocos y circunstanciados que autorizaron a los jueces de la anterior instancia a tener por válidamente corroborada tanto la materialidad del hecho tal como se consignó en la sentencia –con la intervención allí asignada a Ojeda– como el uso de un cuchillo en su desarrollo.

Frente a esto, las partes en sus impugnaciones no han logrado desvirtuar el razonamiento empleado en la sentencia al concluir de tal modo.

Ello porque, en lo que atañe a la acreditación de la intervención que le cupo a Ojeda, su defensa reitera en esta instancia los mismos argumentos vertidos en sus alegatos, que recibieron debida respuesta por parte del tribunal en el pronunciamiento recurrido.

En este sentido, si bien insiste con que su asistido en ningún momento ingresó a la farmacia donde ocurrieron los hechos y con que desconocía si sus coimputados tenían armas en su poder, el *a quo* valoró adecuadamente la oportunidad en que el encausado añadió estas precisiones –después de admitir su intervención en el suceso en los términos consignados en el requerimiento de elevación a juicio, leído al comienzo del debate–.

A ello se agrega que su argumento consistente en que la testigo Selezneva pudo ser dubitativa al declarar que al local *entraron dos sujetos* mientras Ojeda se quedó afuera “vigilando”, intentando



con ello sostener que en los hechos intervinieron tres sujetos, no solo se contrapone con lo expuesto por la defensa de sus coimputados, quien afirmó que *ingresaron dos personas* sino que, además, fue concretamente abordado por el *a quo*, el que, tras valorar el relato de la mencionada testigo, lo consideró relevante en virtud de que sostuvo que vio llegar al lugar únicamente a tres y que en un momento los perdió de vista, pues estaba en el interior del edificio al que había reingresado para convocar al personal policial.

Esta circunstancia resultó convalidada, a criterio de los magistrados, por los restantes deponentes que manifestaron que dentro del comercio interactuaron tres sujetos y, también, porque algunos bienes nunca fueron recuperados, lo que vincularon con la detención de Ojeda a una distancia considerable de la farmacia.

Desde este enfoque, su afirmación acerca de que no tenía nada encima al momento de su detención ni en la campera que había arrojado antes de emprender la huida porque nunca ingresó al lugar de ningún modo resulta apta para controvertir este dato que fue debidamente fundado en la sentencia: tres sujetos ingresaron a la farmacia y uno de ellos fue Ojeda.

En tales condiciones, resulta claro que la versión alternativa que pretende instaurar el recurrente –sustentada en la ampliación de los dichos de su asistido– pierde sustento cuando se la confronta con los demás elementos de prueba obrantes en la causa.

En lo que atañe a la acreditación del uso de un cuchillo, se observa que las partes, también contra este aspecto de la resolución, reeditan las críticas que habían vertido en sus alegatos y omiten hacerse cargo de los argumentos desarrollados en la sentencia al desecharlas.



En esta línea, no lucen atendibles sus ataques al testimonio de la testigo Marcello por cuanto no encuentran sustento en las constancias obrantes en el expediente. Es que, a diferencia de lo que arguyen, según lo asentado en la sentencia, esta testigo fue específica al describirlo como *“un cuchillo tipo ‘Tramontina’ (...) que estaba encintado en el brazo, un cuchillo ‘viejito’ (...), tenía serrucho, no era con mango de madera, era tipo ‘Tramontina’ con mango, cree que de plástico”* y, en el juicio, al exhibírsele las fotografías pertinentes, lo reconoció como el que fue secuestrado. Frente a esta claridad en su relato, tampoco valen sus aseveraciones destinadas a demostrar que la nombrada se confundió por los nervios del momento.

Por último, cabe añadir que aunque el testigo Medina –que oficiaba como personal de seguridad de la farmacia el día del suceso– declaró que no recordaba si se había utilizado un cuchillo, a esta falta de recuerdo de un solo testigo de una circunstancia particular no puede otorgársele el alcance que pretenden los impugnantes porque, en el caso, no solo se cuenta con los dichos de otra testigo que sí recuerda –Marcello–, sino que hay una tercera que convalida lo relatado por esta última: Brenda Liliana Tejada señaló que una de sus compañeras fue amenazada por uno de los ladrones, que en el forcejeo entró y le mostró un cuchillo y la amenazó, e incluso refirió que al momento de la detención vio que a uno de los imputados se le secuestró un cuchillo.

Lo valorado hasta aquí permite, en consecuencia, rechazar también la alegación de las defensas vinculada a que no se acreditó el uso de un cuchillo en la sentencia.

Se colige así que los elementos de convicción fueron debidamente ponderados por el tribunal oral y que el decisorio impugnado resulta categórico y sólidamente motivado, de modo tal



que los agravios desarrollados, desde este prisma, revelan únicamente una discrepancia con la valoración probatoria realizada por el *a quo* al tener por acreditada tanto la intervención que le cupo a Ojeda como el uso de un cuchillo en el hecho.

Sobre esta base, corresponde rechazar la arbitrariedad en la valoración de la prueba alegada por los recurrentes.

1.4. La solución propuesta en el punto anterior respecto a la intervención atribuida a Ojeda en el suceso deja sin punto de apoyo al agravio planteado por su asistencia técnica relativo a que debió endilgarse a su asistido una “complicidad secundaria”.

2. Calificación legal

Al subsumir el suceso que tuvieron por probado en el delito de robo agravado por su comisión con arma, los jueces expusieron que, según se corroboró con el testimonio coincidente de las víctimas, para lograr el desapoderamiento del dinero y los bienes sustraídos los imputados ingresaron a la farmacia de manera violenta, amenazando y golpeando a las empleadas y al personal de seguridad que se encontraban en el lugar.

Sobre la base de esos mismos testimonios, tuvieron por probada la utilización de un elemento corto punzante con el que amedrentaron a los damnificados, que fue finalmente secuestrado junto con otros elementos sustraídos.

En función de ello, aplicaron la figura escogida porque estimaron “*demostrada la utilización de un cuchillo durante el asalto, con el cual intimidaron a una de las víctimas*”. Y refirieron que “*tanto la doctrina como la jurisprudencia sostienen de manera pacífica que ese agravante resulta aplicable siempre que se utilice cualquier tipo de elemento que, aún sin ser arma propiamente dicha,*



se utilice para producir un daño en el cuerpo o en la salud de una persona, aumentando así el poder ofensivo del atacante”.

Luego, precisaron que *“el hecho superó la etapa de conato ya que los imputados contaron con tiempo suficiente para disponer libre y definitivamente de los efectos sustraídos, tal es así que solo se logró recuperar parte de los bienes y el dinero despojados”.*

Finalmente, descartaron la aplicación respecto de Zeniquel y Petelin de la figura prevista en el art. 41, *quater*, CP, porque las características del hecho y el rol llevado a cabo por ellos no autorizaban, a su criterio, su aplicación, pues *“el menor como coautor del suceso no tuvo una participación especial o relevante en tal concepto en el desarrollo del ilícito, ya que su conducta se limitó únicamente a una participación más”.*

Por último, expusieron que la condición de coautores se desprendía de la actividad desplegada por los imputados, en la que tuvieron pleno dominio funcional del hecho, arguyendo que más allá de que en su ampliación indagatoria Ojeda intentó situarse afuera de la farmacia, con la evidente intención de mejorar su situación procesal en esta causa, varios testimonios hicieron referencia a la clara participación de tres individuos en el asalto, colocándolos a todos en la condición de coautores.

2.1. Crítica a la aplicación del art. 166 inc. 2, primer párrafo, CP

De modo subsidiario, la defensa de Petelin y Zeniquel esgrimió que el sustrato material de la agravante por el uso de armas prevista en el art. 166 inc. 2º, primer párrafo, CP no se corroboraba con los hechos atribuidos en autos.

En este orden de ideas, precisó el significado que otorga el DRAE a la palabra “arma” y entendió que, en sentido estricto, su



definición contempla los instrumentos que fueron fabricados *ex profeso* para ser empleados en la agresión o defensa de las personas, abarcando como especies a las armas de fuego y a las armas blancas.

Sostuvo que esa clasificación aparecía recogida en la redacción del art. 166 inc. 2º, CP, que establece un sistema de agravantes que asigna, gradualmente, mayor reproche penal a las conductas allí previstas.

Luego afirmó que correspondía analizar si la expresión “arma impropia” utilizada por la doctrina y la jurisprudencia podía ser contemplada como otra especie dentro del género “arma”, trayendo a colación, en esta línea, el significado que el DRAE otorga al concepto “impropio” y, sobre esa base, extrajo dos conclusiones: que no puede considerársela como una especie del género porque denota precisamente la falta de los atributos que permiten definir al elemento como tal; y además, que esa expresión no guarda correspondencia con el significado que se le atribuyó en la doctrina y jurisprudencia para aludir a todo objeto que aumente el poder ofensivo del autor con un consecuente incremento real de riesgo para la víctima, ya que la construcción teórica, además de hacer un uso distorsivo del lenguaje, equipara a las armas elementos que no lo son por una analogía *in malam partem*.

Por ello, estimó que el cuchillo de cocina, aun utilizado en las circunstancias que rodearon el supuesto de autos, no integra el género “armas” al que remite la norma mencionada.

Por su parte, el defensor Maciel –en representación de Ojeda– introdujo, durante el término de oficina, una crítica dirigida contra el mismo aspecto de la resolución que la defensa de Zeniquel y Petelin, a través de la cual defendió un criterio restrictivo del art. 166 inc. 2º, primer párrafo, CP, haciendo hincapié en que si bien podría aceptarse



que un cuchillo de cierto porte, tamaño, hoja y filo podría quedar comprendido en el concepto de “arma”, no todos los cuchillos ingresaban en esa categoría. Así, expuso que aun tomando por cierto el empleo en el caso de un cuchillo tipo tramontina, éste no ingresaba dentro de la categoría a la que aludía la norma.

2.2. Crítica al grado de consumación que se tuvo por probado en la sentencia

Por otra parte, la defensa de Zeniquel y Petelin entendió que en el caso no había pruebas para sostener que el hecho fue consumado ya que, al así concluirlo, el tribunal se fundó en la falta de recuperación de algunos de los efectos sustraídos, suponiendo un poder de disposición que no existió.

En tal orden de ideas, adujo que los actos dispositivos reprochados no fueron debidamente acreditados y que en el fallo cuestionado no se señaló cuáles fueron los actos de disposición sobre los efectos sustraídos, sino que simplemente se aludió a su falta de recuperación.

Refirió que el sólo decir que fueron detenidos en el lugar del suceso y uno de ellos a sólo 300 metros y a minutos de realizado el despojo, implicaba sacar una insostenible conclusión particular de una circunstancia general.

Añadió que si la acusación se refirió a actos dispositivos, debió haber indicado cuáles fueron, para asegurar un ejercicio efectivo del derecho de defensa, que en el caso fue vulnerado.

Agregó que el personal policial interviniente en todo momento estuvo al tanto de los movimientos de sus asistidos y que, además, no quedó claramente demostrado cuáles fueron los elementos faltantes ni cuánto fue el dinero sustraído y no podía afirmarse que hubieran logrado tener un poder concreto real y efectivo sobre ellos.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 32642/2015/TO1/9/CNC1

Detalló que la testigo Selezneva fue terminante al señalar que vio a tres sujetos que cruzó por la calle Florida, dos de los cuales ingresaron a la farmacia mientras el tercero quedó afuera y lo vio siempre desde su lugar de trabajo –al frente de la farmacia ABC–, que avisó a un compañero que llamó al 911 y que llegó personal policial que detuvo a dos en la puerta de la farmacia y al otro, a quien señaló como el menor de edad que nunca ingresó al local, a los breves minutos cerca de allí. Por ello, consideró que si los dos que ingresaron fueron detenidos inmediatamente de producido el despojo en la puerta de la farmacia y el tercero nunca pudo ingresar, de ninguna forma pudo tenerse por consumado el hecho.

2.3. Pese a los cuestionamientos que efectúan las partes a la calificación legal asignada al suceso en la resolución recurrida, entiendo que en el caso no se advierte la errónea interpretación de la ley sustantiva que denuncian.

En primer lugar porque, tal como lo sostuve en otros precedentes de esta Sala⁴, el cuchillo del que se valieron los encausados para amedrentar a las víctimas encuadra en el concepto de “arma” al que alude el tipo penal previsto en el primer párrafo del segundo inciso del art. 166, CP, por cuanto, amén de haber aumentado el poder ofensivo de los agentes, creado un peligro mayor para las víctimas y menguado su capacidad de oposición o defensa, es un elemento pasible de ser encuadrado en la doble categoría de arma blanca –es decir, arma en sentido estricto–, y utensilio destinado para comer.

⁴ Entre ellos, “Lagos, Carlos Ariel”, causa n° 61062/13, rta.: 30/08/16, reg. n° 663/16; “Pizzuto, Lucas Damián”, causa n° 38327/14, rta.: 3/11/16, reg. n° 876/16; “Díaz López, Juana del Carmen”, causa n° 71273/14, rta.: 14/10/16, reg. n° 811/16.





Y en segundo porque, en este episodio, el *a quo* ha fundado de un modo razonable la disposición que tuvieron los imputados de los bienes sustraídos a las víctimas que se hallaban en el interior de la farmacia de la calle Bartolomé Mitre 603.

En este sentido cabe destacar que, según lo consignado en la sentencia, el personal policial detuvo a Zeniquel y Petelin cuando salieron del local –no simultáneamente, sino mediando cierto lapso entre la detención de uno y otro– mientras que Ojeda fue aprehendido a varias cuadras del lugar y no existió una persecución constante. Asimismo, interesa señalar, como bien lo apuntó el *a quo*, que algunos objetos de los que habían sido despojadas previamente las víctimas no fueron recuperados.

Estas circunstancias demuestran, a mi juicio, que el hecho que se tuvo por probado fue consumado, pues evidentemente los coautores tuvieron la posibilidad de disponer de los objetos sustraídos.

3. Crítica relacionada con la comunicabilidad de las agravantes a los coautores

Tal como se consignó en las resultas, el defensor oficial Maciel expuso en esta instancia –durante el término de oficina– que se afectaba el principio de culpabilidad y los criterios de comunicabilidad de las agravantes establecidas en la última oración del art. 48, CP si se reprochaba a Ojeda la utilización de un cuchillo solo porque fue usado por uno de los individuos que ingresó al comercio.

3.1. No obstante ello, 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”⁵ y “Urrutia”⁶, entre muchos otros–.

4. Reincidencia

Al rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 50, CP efectuado por la defensa de Zeniquel y Petelin, el *a quo* acudió a la doctrina de la Corte Suprema Justicia de la Nación, en cuanto se pronunció por la constitucionalidad del instituto allí previsto por considerarlo no violatorio del derecho penal de acto, del principio de culpabilidad, del doble juzgamiento ni del fin de resocialización e igualdad ante la ley.

4.1. Contra ese razonamiento, la defensa de Zeniquel y Petelin planteó la inconstitucionalidad del art. 50, CP por entenderlo contrario a distintos principios constitucionales, como el principio constitucional del derecho penal de acto, de culpabilidad, *ne bis in idem* y del principio de resocialización como fin de la pena privativa de la libertad.

Luego sostuvo que no se determinó si sus asistidos tuvieron tratamiento resocializador como procesados o condenados al aplicar la reincidencia y que debía analizarse en el caso concreto la evolución en el sistema de progresividad de los internos, lo que no ocurrió respecto de sus asistidos. En este sentido, citó los precedentes “Salto”, “Sarno” y “Giancarelli” de esta Sala.

4.2. Aunque el tribunal oral dio argumentos suficientes para descartar la declaración de inconstitucionalidad del art. 50, CP incoada por la defensa –postura que comparto, de conformidad con lo dicho en los precedentes “Medina”⁷ y “Sarno”⁸–, lo cierto es que,

⁵ Causa n° 17733/2012/TO1/CNC1, rta. el 3/9/15, reg. n° 406/15.

⁶ Causa n° 38884/2014/TO1/CNC1, rta. el 3/9/15, reg. n° 414/15.

⁷ Causa n° 17733/2012/TO1/CNC1, rta. el 3/9/15, reg. n° 406/15.

⁸ Causa n° 49723/2013/TO1/CNC1, rta. el 8/10/15, reg. n° 535/15.





como bien lo aduce la defensa, no ha brindado una mínima fundamentación que permita conocer en qué condenas basó las declaraciones de reincidencia de Petelin y Zeniquel ni el modo en que, en el marco de las sanciones que omitió consignar, los nombrados estuvieron detenidos.

En tales condiciones, no es posible establecer si se encuentran reunidos los presupuestos que harían procedente la aplicación del art. 50, CP, esto es, si Petelin y Zeniquel han cumplido pena como condenados en el marco de las condenas anteriores que el *a quo* omitió detallar.

Tal circunstancia conduce a hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Zeniquel y Petelin en este aspecto, anular la decisión en cuanto resolvió declararlos reincidentes y reenviar las actuaciones al tribunal de origen a fin de que otorgue una debida fundamentación sobre este punto.

5. En virtud de las consideraciones expuestas, propongo al acuerdo:

I. Declarar inadmisibles la crítica planteada por la defensa de Marcos Leonel Ojeda durante el término de oficina y rechazar el recurso presentado en lo vinculado a los demás motivos de agravio, con costas, por resultar la parte vencida (arts. 456, 465, 468, 469, 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

II. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa de Damián Orlando Petelin y Miguel Alejandro Zeniquel, anular parcialmente los puntos dispositivos VI y VII de la decisión impugnada, en cuanto declaró reincidentes a los nombrados, reenviar las actuaciones al tribunal de origen a fin de que otorgue una debida fundamentación sobre este punto, y rechazar la impugnación



presentada en lo que se refiere a los demás motivos de agravio (arts. 456, 465, 468, 469, 471, 530 y 531, CPPN).

El juez Días dijo:

I. Que por compartir iguales fundamentos, he de adherir al voto de mi colega preopinante, el Dr. Daniel Morin, en lo que se refiere al tratamiento que ha efectuado de los agravios introducidos por la parte impugnante en su respectivo recurso de casación y que se encuentran desarrollados en todos los puntos que componen su exposición, con excepción de lo expresado en el apartado número tres (3).

II. En efecto, como es sabido y a diferencia de lo sostenido por el magistrado que me precede, considero que también deben tratarse los agravios que hayan sido introducidos en términos de oficina por el recurrente, siempre y cuando se presenten de manera fundada.

Así las cosas, debo expedirme en lo concerniente al planteo efectuado por la defensa oficial del condenado Ojeda en tal instancia, por cuanto allí critica la comunicabilidad de las agravantes a los coautores, sobre la base de afirmar que ello afecta el principio constitucional de culpabilidad y que desconoce también lo establecido por el art. 48 del Código Penal (CP) en su última parte.

III. Al respecto, debo recordar que –como integrante de esta misma sala– tuve la oportunidad de fallar en la causa n° 44.133/2015/TO1, caratulada “Díaz, Rodrigo y Bergara Pérez, Sebastián Atilio s/homicidio” (Reg. n° 817/2018), el pasado día 11 de julio de 2018; ocasión en la cual analicé esta misma problemática.

En efecto, en tal precedente sostuve que si lo obrado era producto de una decisión tomada en conjunto, como puede ser en este



caso la creación del riesgo jurídicamente desaprobado consistente en perpetrar un robo mediante el uso de un arma filo cortante, lo hecho por cualquiera de los partícipes puede cargarse a “la cuenta de todos ellos”.

En tal sentido, recordé las enseñanzas del profesor Helmut Frister, en cuanto indica que “...la coautoría fundamenta una responsabilidad por la actuación en común, que no se puede derivar por completo de las reglas sobre autoría única. Así, mediante la conjunción con otras personas, en todos los órdenes de la vida, los hombres tienen la posibilidad de llevar a cabo proyectos en común [...]. **Quien se pone de acuerdo con otros para realizar un proyecto tiene que asumir que se le impute como acciones propias los aportes de los demás. La libertad de hacer acuerdos en común produce la responsabilidad por la obra realizada en común**” (Frister, Helmut, *Derecho Penal. Parte General*, traducción de la 4^o Edición alemana de Marcelo A. Sancinetti, revisión de la traducción de María de las Mercedes Galli, 1^a edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 538; la negrita me pertenece).

Por lo tanto, lo importante a evaluar en estos casos es si nos encontramos ante una comunidad en la decisión; o sea, si todos han contravenido el mandato legal mediante un actuar conjunto, de forma tal que la acción de uno no se explica de manera acabada sin tener en cuenta el actuar de los demás. O, dicho en otros términos, que la acción conjunta tiene un contenido simbólico diferente al significado de cada una de las acciones entendidas por separado.

Asimismo, otra vez mediante una cita del nombrado catedrático alemán (Frister, Helmut, *Concepto de culpabilidad y fundamento punitivo de la participación*, traducción de José R.



Béquelin, María de las Mercedes Galli y Marcelo Sancinetti, 1ª edición, Editorial Hammurabi, 2017, p. 128), señalé en el mentado precedente la posibilidad de “...legitimar la punibilidad del coautor, sobre la base de que mediante su intervención en el hecho cometido en común contradice de manera individual la norma lesionada, resultando ello apropiado para fundamentar la responsabilidad por el hecho total, puesto que no se deduce de la contradicción individual a la norma de una acción propia —como en el caso del autor único—, sino de la intervención en una acción común”.

Así las cosas, siguiendo esta línea de pensamiento, concluí en el referido fallo “...que para que exista la posibilidad de fundamentar la responsabilidad por el hecho total —la coautoría— debe verificarse que «...la intervención en una acción en común tenga en la vida social el mismo significado simbólico que una acción individual y que ese significado no necesariamente dependa de que por medio de la intervención se preste un aporte efectivo para el resultado de la acción común» (Ídem, p. 128)”.

IV. Ahora bien, habiendo recordado en el acápite precedente los criterios que ya he fijado en torno a esta problemática, y teniendo en cuenta las circunstancias fácticas acreditadas durante el juicio oral y público —cuyo análisis y confirmación fue materia de tratamiento en el primer voto de esta resolución, al cual por lo demás he adherido—, corresponde entonces rechazar el agravio objeto del presente análisis; toda vez que la cuestión *sub examine* ha sido correctamente tratada y fundada por el *a quo*.

En efecto, el planteo de la defensa no puede prosperar frente a la verificación en este proceso de la existencia de una decisión, de una acción, adoptada por todos los partícipes en forma conjunta y que,



como tal, incluyó la utilización por parte de uno de ellos del mencionado cuchillo “Tramontina”.

En tal sentido, con la finalidad de desbaratar semejante argumento, no es posible sostener –tal y como hace la defensa– que sólo uno de los intervinientes podía portar el referido elemento cortante y que sólo fue utilizado para amedrentar a los damnificados. Ello, desde el momento en que no contradice en nada la existencia del varias veces referido plan común, el cual adoptaron todos los condenados y que incluyó la utilización dolosa del citado cuchillo de cocina.

De igual manera, nuevamente a diferencia de lo sostenido por la defensa, lo afirmado en la decisión recurrida no puede constituir una violación al principio constitucional de culpabilidad, por cuanto como ya se dijo antes lo que se castiga aquí es la decisión, adoptada en forma libre y conjunta, de llevar adelante una obra en común: en el caso concreto, el robo cometido en la citada farmacia “ABC” de esta ciudad, mediante el empleo del nombrado cuchillo.

Por lo demás, tampoco encuentra sustento la crítica fundada en la supuesta violación a la manda normativa contenida en la última oración del art. 48 del CP; toda vez que, como ya he tenido oportunidad de explicar recientemente, lo allí regulado no son elementos propios del delito en sí, sino circunstancias accidentales a ése que nada tienen que ver entonces con eventuales circunstancias agravantes de la figura típica básica (véase en este sentido Días, Horacio Leonardo, *Código Penal de la Nación Argentina comentado. Parte general*, Rubinzal-Culzoni editores, 1ª edición revisada, 2018, ps. 428 y 429).

V. Consecuentemente con lo que aquí explicado, adhiero en un todo a la solución propuesta por mi colega de sala Daniel Morin,



en lo relativo al recurso de casación interpuesto por la defensa de Damián Orlando Petelin y de Miguel Alejandro Zeniquel; en tanto que, en lo relativo al restante recurso de casación, el cual fue interpuesto por la defensa de Marcos Leonel Ojeda, soy de la opinión que debe ser rechazado en su totalidad, imponiéndosele entonces el pago de las costas.

Así lo voto.

El juez Sarrabayrouse dijo:

1. Adhiero al voto del juez Morin en lo que respecta a los planteos relacionados con la arbitrariedad en la valoración de la prueba, por coincidir con su examen y conclusiones (punto 1).

Tal como se dijo en los precedentes “**Taborda**”⁹, “**Marchetti**”¹⁰, “**Castañeda Chávez**”¹¹, “**Guapi**”¹², “**Fernández y otros**”¹³ y “**Díaz**”¹⁴ (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.

Según surge del análisis elaborado por el colega, que comparto, las asistencias técnicas no han conseguido exponer elementos que permitan afirmar que el razonamiento y las inferencias

⁹ Sentencia del 2.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 400/15.

¹⁰ Sentencia del 2.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 396/15.

¹¹ Sentencia del 18.11.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 670/15.

¹² Sentencia del 24.11.16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 947/16.

¹³ Sentencia del 10.11.17, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 1136/17.

¹⁴ Sentencia del 27.2.18, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 132/18.





realizadas por el tribunal *a quo* conduzcan a dudar razonadamente sobre la utilización de un cuchillo en el hecho y la intervención de Ojeda en él en grado de coautor, tal como se consideró acreditado, como para justificar la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

2. En lo atinente a la calificación legal adoptada, también concuerdo con los argumentos y solución del voto que lidera este acuerdo (punto 2).

Con relación a la aplicación del art. 166 inc. 2°, CP por el empleo de un cuchillo, de acuerdo con lo desarrollado en los casos “Paulides”¹⁵, “Cordero”¹⁶ y “Gutiérrez y Arlati”¹⁷ (entre otros), ese elemento integra el concepto de “arma blanca” y, por lo tanto, queda incluido dentro de las previsiones de aquella regla. En consecuencia, se descarta que haya existido en la sentencia una errónea aplicación de la ley sustantiva.

En cuanto a la consumación del hecho, comparto lo dicho y concluido por el juez Morin. Lo cierto es que ese extremo fue considerado probado por el tribunal *a quo* mediante una adecuada ponderación de la prueba, como se dijo en el punto anterior; al tiempo que la defensa no consiguió conmover ese razonamiento a través de los argumentos ensayados en su recurso. Principalmente, al no haber logrado controvertir la incidencia de la falta de recuperación de algunos de los bienes sustraídos.

3. En lo concerniente a la tercera cuestión, relativa al planteo de inconstitucionalidad del art. 50, cabe remitirse a los argumentos

¹⁵ Sentencia del 19.10.15, Sala II, jueces Morin, Bruzzone y Sarrabayrouse, registro n° 567/15.

¹⁶ Sentencia del 30.10.15, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 605/15.

¹⁷ Sentencia del 13.6.16, Sala II, jueces Niño, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 443/16.



sostenidos en los casos “**Giménez**”¹⁸, “**Salto**”¹⁹ y “**Medina**”²⁰, entre muchos otros.

Allí se concluyó que la cuestión se encuentra provisoriamente saldada en el ámbito judicial por diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en lo sustancial se han referido, de manera invariable, a este tema: “**Gómez Dávalos**” (Fallos 308:1938, del 16 de octubre de 1986), “**Gelabert**” (Fallos 311: 1209, del 7 de julio de 1987), “**Valdez**” (Fallos 311:522, del 21 de abril de 1988), “**L’Eveque**” (Fallos 311:1451, del 16 de agosto de 1988), “**Gramajo**” (Fallos 329:3680) y fundamentalmente “**Arévalo**” (causa A.558.XLVI, del 27 de mayo de 2014). Éstos muestran que la Corte Suprema ha mantenido desde 1986 hasta mayo de 2014 una línea constante, en donde se ha pronunciado por la constitucionalidad del instituto, rechazando que afecte el principio de culpabilidad, el *ne bis in ídem* y la igualdad ante la ley.

Razones de economía procesal aconsejan seguir esta jurisprudencia, pese a mi opinión contraria al instituto, principalmente por el etiquetamiento que genera, sin ser necesario aquí ampliar otros fundamentos²¹.

4. Acerca de la aplicación del art. 50, CP, coincido con el examen del juez que sufragó primero (punto 4), en tanto el fallo de la

¹⁸ Sentencia del 10.7.15, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 238/15.

¹⁹ Sentencia del 27.8.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 374/15.

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

²¹ Cfr. Julio B. J. MAIER, op. cit., ps. 640-647, en particular, ps. 644 y sigs. Con anterioridad al fallo “**Arévalo**” citado, se resolvió esta cuestión en los casos “**Sandoval**” del 15.11.2004 y “**Miranda Díaz**” del 27.08.2013 como integrante del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, provincia de Tierra del Fuego. En el último caso mencionado, se adhirió a una posición diferente a la sustentada por la Corte Suprema.





instancia anterior carece de la debida motivación por haber omitido mencionar qué condenas anteriores registraban Zeniquel y Petelin para justificar la declaración de reincidentes, lo cual constituye un vicio de procedimiento (art. 456 inc. 2º, CPPN).

A ello se suma que, de acuerdo con la transcripción del acta de debate, al alegar el fiscal general había requerido que se *mantuviera* la declaración de reincidencia “oportunamente decretada”, aunque sin aludir tampoco a las penas anteriores cumplidas por los imputados nombrados que justificaban esa solicitud (fs. 34).

Ahora bien, más allá de que la defensa no haya explicado qué solución concreta pretendía mediante sus cuestionamientos, estimo que la circunstancia mencionada antes conduce a dejar sin efecto la declaración de reincidencia de los condenados. La ausencia de toda fundamentación en la acusación y en la sentencia representa una falencia ajena a los imputados y no puede, en consecuencia y en este caso en particular, cargarse en su contra, de acuerdo con el desarrollo efectuado en el precedente “**Quinteros**”²².

5. Finalmente, la asistencia técnica de Ojeda introdujo durante el término de oficina la crítica relativa a la violación del principio de culpabilidad por la comunicabilidad de la agravante del art. 166 inc. 2º, CP a los coautores.

En distintos precedentes se ha señalado que en el recurso de casación deben revisarse todos los *agravios que resulten verosímiles*²³; pero que ello no significa transformar al tribunal que examina la condena en una *jurisdicción de consulta*. Como se dijo en

²² Sentencia del 8.3.16, Sala III, jueces Jantus, Garrigós de Rébora y Sarrabayrouse, registro n° 158/16.

²³ Sentencia del caso “**Briones**” del 23.10.15, Sala III, jueces Jantus, Garrigós de Rébora y Sarrabayrouse, registro n° 580/15; entre otras.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 32642/2015/TO1/9/CNC1

la causa “Prado”²⁴, y se reiteró en “Martínez”²⁵, “Maltez y Engler”²⁶, “Medrano”²⁷, “Cardozo”²⁸ y “Garay”²⁹ (entre otras), la competencia de esta cámara es apelada y revisora, lo cual implica que en todos los casos únicamente pueden escrutarse los agravios oportuna y concretamente planteados, según los términos del art. 463, CPPN.

Aquí, no puede pasarse por alto que la cuestión fue introducida recién ante esta instancia, pero en realidad no surgió por primera vez, o de modo sorpresivo, en la sentencia del tribunal *a quo*. La calificación legal agravada ahora cuestionada fue requerida por el fiscal general al momento de alegar (fs. 33 vta./34) y ello no provocó ninguna consideración desde esa perspectiva en la oportunidad en que intervino la defensa (fs. 35/36), ni en el respectivo recurso de casación (fs. 14/26).

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 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

²⁴ Sentencia del 1.12.16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Niño y Morin, registro n° 965/16.

²⁵ Sentencia del 2.6.17, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 428/17.

²⁶ Sentencia del 23.8.17, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 706/17.

²⁷ Sentencia del 17.10.17, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 1006/17.

²⁸ Sentencia del 27.10.17, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 1070/17.

²⁹ Sentencia del 4.12.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 1268/17.





argumentación adicional que muestre la existencia de un error u omisión tal que permita eventualmente superar aquella frontera; esfuerzo del que aquí se prescindió.

Así, no se aprecia ni ha sido alegado algún motivo que dispensara de la carga del planteamiento oportuno del asunto, que habría permitido a los magistrados de la instancia anterior expedirse al respecto.

Amén de las falencias advertidas, coincido con los argumentos expuestos por el juez Días en su voto (punto IV), en los términos de lo dicho en los precedentes “**Paulides**” (ya citado), “**Fernández, Collia y Rodríguez**”³⁰ y “**Segundo y otros**”³¹. En efecto, la existencia de un plan común previo consistente en el apoderamiento violento mediante la utilización de un cuchillo, que involucró a todos los partícipes y que determinó la atribución de su responsabilidad conjunta como coautores, sella la suerte del agravio.

6. En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Ojeda en todo cuanto fue materia de agravio; y hacer lugar parcialmente a los recursos de casación introducidos en favor de Zeniquel y Petelin, anular parcialmente los puntos VI y VII de la sentencia impugnada y dejar sin efecto la declaración de reincidencia de los nombrados. Sin costas (arts. 456, 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:**

³⁰ Sentencia del 14.02.18, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 244/18.

³¹ Sentencia del 8.6.18, Sala II, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 656/18.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 32642/2015/TO1/9/CNC1

I. Por unanimidad, **rechazar** el recurso de casación interpuesto por la defensa de Marcos Leonel Ojeda; y, por mayoría, rechazar la crítica planteada por esa parte durante el término de oficina, con costas, por resultar la parte vencida (arts. 456, 465, 468, 469, 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

II. Por unanimidad **hacer lugar parcialmente** al recurso de casación interpuesto por la defensa de Damián Orlando Petelin y Miguel Alejandro Zeniquel, **anular parcialmente** los puntos dispositivos VI y VII de la decisión impugnada, en cuanto declaró reincidentes a los nombrados, **rechazar la impugnación** presentada en lo que se refiere a los demás motivos de agravio y, **reenviar** las actuaciones al tribunal de origen a fin de que otorgue una debida fundamentación respecto de la aplicación en el caso del instituto previsto en el art. 50, CP –esto último, resuelto por mayoría de votos– (arts. 456, 465, 468, 469, 471, 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.

EUGENIO C.
SARRABAYROUSE

DANIEL MORIN

HORACIO L. DIAS

Ante mí:

PAULA GORSO
Secretaria de Cámara

