

REGISTRO N°19.791

///la ciudad de Buenos Aires, a los 4 días del mes de abril del año dos mil doce, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Alejandro W. Slokar como Presidente y las doctoras Ana María Figueroa y Angela Ester Ledesma como Vocales, asistidos por la Secretaria de Cámara, doctora María Jimena Monsalve, con el objeto de dictar sentencia en la **causa n° 13.599** caratulada: "**Bertolini, Gustavo Daniel y Corzo, Ricardo Emanuel s/recurso de casación**", con la intervención del representante del Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara, doctor Ricardo G. Wechsler, y la señora Defensora Pública Oficial, doctora Eleonora Devoto.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término la doctora Figueroa, y en segundo y tercer lugar los doctores Ledesma y Slokar, respectivamente.

La señora jueza **doctora Ana María Figueroa** dijo:

-I-

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 9 de esta ciudad, con fecha 8 de noviembre de 2010, resolvió: "**I.- CONDENAR a GUSTAVO DANIEL BERTOLINI, de las demás condiciones personales obrantes en el encabezamiento, a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN y al pago de las costas del proceso, por ser autor penalmente responsable del delito de robo agravado por haberse cometido mediante la utilización de un arma de utilería, en grado de tentativa, declarándolo REINCENTE (artículos 29, inciso 3º, 40, 41, 42, 45, 50 y 166, inciso 2º, último párrafo, del Código Penal, y 403 y 531, del Código Procesal Penal de la Nación). II.- CONDENAR a RICARDO EMANUEL CORZO, de las demás condiciones personales obrantes en el**

encabezamiento a la pena de **TRES AÑOS DE PRISIÓN**, y al pago de las costas del proceso, por ser coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por haberse cometido mediante la utilización de un arma de utilería, en grado de tentativa, declarándolo **REINCIDENTE** (artículos 29, inciso 3º, 40, 41, 42, 45, 50 y 166, inciso 2º, último párrafo, del Código Penal, y 403 y 531, del Código Procesal Penal de la Nación). III.- **PROCEDER** al decomiso de la réplica de arma secuestrada (artículo 23 del Código Penal). IV.- **DISPONER** del rodado secuestrado conforme el considerando respectivo (...)"

2º) Contra lo allí decidido, la Defensa Pública Oficial interpuso a fs. 338/354 recurso de casación, el que fue concedido a fs. 357/358, y mantenido en esta instancia a fs. 365.

El recurrente fundó su recurso en ambos incisos del artículo 456 del CPPN, en orden a que la sentencia impugnada, obrante a fs. 323/335, carece de fundamentación y es arbitraria, por haber incurrido en la errónea aplicación de la ley sustantiva al valorar el elemento utilizado en el robo, la prueba colectada y la determinación de la pena.

En este orden de ideas, la defensa se agravió de la valoración que efectuó el tribunal, respecto al elemento utilizado en el robo. El *a quo* tuvo por acreditado que Corzo se valió de un arma de fuego de juguete, para perpetrar el robo, aunque por circunstancias ajenas a su voluntad, haya quedado en grado tentado. Propuso entonces la defensa, el cambio de la calificación legal por el que fueron condenados Corzo y Bertolini, por el de robo simple. Ello por cuanto sostuvo que, la violencia desplegada por los consortes no escapan a la propia del tipo básico previsto en el artículo 164 del Código Penal. Señaló que al ser el elemento utilizado, en realidad, una imitación de un arma, no podría considerársela como "arma" en sentido estricto, propugnando así el cambio de la calificación legal de la agravante del artículo 166, inciso 2º último párrafo, del Código Penal por el previsto en el artículo 164 del mismo cuerpo legal.

En primer lugar y en relación a la supuesta capacidad

intimidante del elemento empleado, la recurrente expresó que la actitud desplegada por el damnificado momentos posteriores al hecho, salir en busca de sus asaltantes, no se condice con la de una persona que se haya sentido intimidada por la presencia de un arma de fuego. Citó el testimonio de Campassi a fs. 327, a fin de acreditar el carácter inofensivo y carente de capacidad de intimidación del arma utilizada.

En segundo término y por las circunstancias del caso, propuso el cambio de calificación legal del hecho que se dio por probado en la sentencia, a la de robo simple en grado de tentativa -artículos 42 y 164 del Código Penal- y no la de robo agravado por el uso de arma en grado de conato -artículos 42 y 166, inciso 2°, último párrafo, del cuerpo mencionado-. Agregó que de la prueba testimonial producida en la audiencia de debate el tribunal tuvo por acreditado, la ausencia de uno de los elementos objetivos del tipo penal escogido por el tribunal de grado para dictar su condena en autos, cual es el arma de utilería. Tildó de burdas las características del objeto secuestrado, por lo que impedirían encuadrar el mismo dentro del concepto legal de arma.

En cuanto a la determinación de la pena, la defensa planteó la inobservancia de las normas procesales previstas en el CPPN, por falta de fundamentación de la sentencia y errónea aplicación de los artículos 40 y 41 del Código Penal. En este orden de ideas, advirtió que no se evaluaron las circunstancias específicas favorables a sus defendidos, que debían haberse tenido en cuenta al fijar la pena.

En consecuencia, la defensa entendió que el decisorio ha formulado el *quantum* de la pena sólo sobre la base de pautas objetivas, y solicitó su nulidad por entender excesiva la determinación punitiva.

Finalmente efectúa reserva del caso federal.

3º) Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los fines dispuestos por los artículos 465, primera parte, y 466 del ordenamiento ritual, la Defensora Pública Oficial se

presentó en el término de oficina a fs. 372/379 vta. y expresó que comparte en un todo los agravios y fundamentos expuestos por la defensora ante la instancia anterior, formuló algunas consideraciones e introdujo nuevos agravios.

En primer lugar, la defensa entendió que la aplicación de la agravante por la que fueron condenados los consortes, representa una transgresión al principio de legalidad y máxima taxatividad, porque un juguete no es un arma y la percepción subjetiva de las víctimas no alcanza a compensar el déficit de tipicidad subjetiva.

En segundo término manifestó, en relación a la individualización de la pena, que los jueces valoraron pautas que resultan prohibidas, toda vez que implican una transgresión a los principios de culpabilidad, proporcionalidad y a la garantía *ne bis in idem*.

En tercer lugar cuestionó la constitucionalidad del instituto de la reincidencia, se agravio por el mantenimiento de la reincidencia dictada a sus defendidos, situación que a su juicio soslayó la garantía *ne bis in idem* y los principios de culpabilidad, igualdad, dignidad y el de derecho penal de acto, en afectación a los principios constitucionales *pro homine* y *pro libertatis*. En consecuencia, solicitó que se declare la inconstitucionalidad de dicho instituto.

4º) Que a fs. 386 la defensora renunció a la audiencia prevista en el artículo 468 del CPPN, solicitó se designe la audiencia prevista en el artículo 400 del código referido y que a fs. 397 se suspenda el pedido formulado por Bertolini de mantener una audiencia personal ante esta Sala -cuyo original obra a fs. 394-, y continúen los autos a resolver. A fs. 388 se presentó el representante del Ministerio Público Fiscal y expresó su conformidad para la suspensión de la audiencia prevista en el artículo 468 CPPN.

5º) Conforme constancia actuarial de fs. 398, el expediente quedó en condiciones de ser resuelto.

Que ingresando al análisis de la impugnación sometida a control jurisdiccional, los motivos introducidos por la defensa se circunscriben al análisis de dos agravios, en primer lugar, la nulidad de la sentencia por la errónea aplicación de la ley sustantiva en relación a la imputación del delito agravado por el uso del arma de utilería en grado de tentativa, y en segundo término, la falta de fundamentación de la sentencia que determinó finalmente la pena impuesta a los condenados.

Que a tales fines, conviene recordar el suceso que el tribunal tuvo por acreditado, en estos términos: "el día 31 de diciembre de 2009, alrededor de las 4.30, Gustavo Daniel Bertolini y Ricardo Emanuel Corzo, empleando una réplica de arma de fuego, intentaron apoderarse ilegítimamente de bienes de Gastón Ariel Zapata, cuando éste se hallaba en Concordia y Alvarez Jonte de esta ciudad, estacionando su vehículo. Los imputados -que se trasladaban en un automóvil Peugeot 505- se detuvieron junto a la víctima, y Ricardo Emanuel Corzo bajó del vehículo, apuntó a Zapata con un objeto que tenía la apariencia externa de un arma de fuego y le exigió la entrega de sus pertenencias. De tal manera Zapata le dio su billetera con la suma de entre cuarenta y cincuenta pesos, una tarjeta de débito del Banco Santander Río y un carnet del Club Atlético Racing Club, las llaves de su automóvil y un teléfono celular marca Samsung negro y rojo, abonado de la empresa Personal con el N° 156-472-2040".

-III-

1º) Fijado cuanto antecede, habré de referirme en primer lugar a los agravios planteados por la defensa, previo a expresar, que quedaron suficientemente explicitadas en la sentencia recurrida, la coacción y violencia exteriorizadas por los acusados para concretar el desapoderamiento de bienes personales de la víctima.

Es de destacar que el informe pericial a fs. 55,

concluye en cuanto a la réplica del arma habida, que: *"el mismo es una imitación de un revólver no pudiendo precisar el calibre dado que el mismo es de plástico fantasía, el cual presenta la faltante de su cola disparador y tornillos. No posee valor económico y su estado es malo"*. Cabe agregar que los testigos Gastón Ariel Zapata, Leonardo Pablo Spagnuolo, Carlos Jorge Arrom, Emiliano Norberto Nicolás Campassi y Claudio Rubén Verón, reconocieron el arma que fuera exhibida durante la audiencia de debate, como aquélla que fuera empleada por los condenados, tal como consta en el acta de fs. 311/319 vta.

Si bien se estableció adecuadamente que la conducta de los condenados encuadra en la básica del tipo de robo, al haberse podido acreditar el desapoderamiento ilegítimo de una cosa mueble totalmente ajena por los acusados, resta comprobar, atento a la impugnación que efectuó la Defensora Pública Oficial, si está igualmente fundada la calificante escogida - uso de arma de utilería-.

Analizado el caso con ajuste a lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re "Casal, Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa"* causa n° 1681, rta. el 20/9/05, en el sentido de que el tribunal de casación *"... debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable... el art. 456 del Código Procesal Penal de la Nación debe entenderse en el sentido de que habilita a una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible, al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular..."*; y que: *"... lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación"*; del estudio de la sentencia, se aprecia que la misma cumple con el requisito exigido por los artículos 123 y 404 del código ritual, particularmente en lo que se refiere a la fundamentación y elección del encuadramiento jurídico otorgado al hecho.

En efecto, los magistrados intervinientes brindaron a mi juicio un ajustado tratamiento a una cuestión de vital importancia, cual es la de despejar adecuadamente en qué tipo

penal debía subsumirse el accionar de los imputados. La sentencia tuvo por probada la figura del robo agravado por haberse cometido mediante la utilización de un arma de utilería, en grado de tentativa (artículos 42 y 166, inciso 2°, último párrafo, del Código Penal).

Cabe señalar con respecto al agravio traído a colación por el recurrente, al proponer que la violencia desplegada por sus defendidos, quede abarcada por la propia del robo simple, que el legislador ha tipificado separadamente a éste de sus tipos agravados (en el caso, artículos 164 y 166 inciso 2°, último párrafo, del Código Penal, respectivamente). Es obvio advertir que cada tipo penal que prevé una circunstancia agravante del robo, detenta las mismas características típicas del tipo básico. Por cuestiones de política criminal, se han establecido tipos agravados del robo, al desvalorar ciertas circunstancias agravantes como dentro de un mayor contenido de injusto penal. Entre ellas se encuentra justamente el supuesto aquí en cuestión, o sea, el empleo de un arma de utilería para lograr ejercer un efecto intimidante sobre la víctima para vulnerar cualquier resistencia. Por lo tanto, dicha modalidad comisiva ha sido especialmente desvalorada al ser sancionado el artículo 166 inciso 2, último párrafo, del Código Penal; encuadrando el accionar de ambos coautores en dicho tipo penal específico.

Ha sido conteste el criterio seguido por esta Cámara en cuanto a la interpretación del artículo en cuestión, así: *"Al tratarse de una copia de un arma de fuego pintada de negro, esgrimida de noche y dentro de un taxi, se ha producido una necesaria intimidación sobre la víctima en función de su uso para cometer el ilícito, por lo que corresponde la aplicación del art. 166 último párrafo C.P. (cfr. "Campilongo, Antonio N. s/ recurso de casación", Sala I, causa n° 10.823, reg. n° 14684.1, rta. el 07/10/2009).*

En igual sentido, cabe señalar que: *"Se entenderá por arma de utilería cuando el elemento esgrimido luzca*

externamente como un arma de fuego real, lo cual descarta todos aquellos otros elementos que por sus burdas características no tengan poder o efecto intimidatorio" (cfr. "O., A. R.; L., J. E. s/recurso de casación", Sala I, reg. n° 18053.1., rta. el 22/06/11).

De las constancias de autos, en particular de la declaración de la víctima y de los dichos de los testigos mencionados *ut supra* quedó acreditado que los condenados esgrimieron el arma de utilería, siendo ello corroborado al ser reconocida el arma por los mismos al serles exhibida durante la audiencia de debate. En este orden de ideas y del análisis de autos como señalara se verifica que se llegó a la condena, con la certeza del empleo de un arma de utilería.

En esa línea de pensamiento, va de suyo que el arma negra de plástico -reconocida por los testigos a fs. 312/312vta- se tuvo por acreditado en la sentencia condenatoria, que fue utilizada en los hechos. Al ser ésta catalogada en dicho pronunciamiento como un arma de utilería, encuadra en la calificante del artículo 166 inciso 2°, último párrafo, del Código Penal.

A mayor abundamiento, el arma de utilería es un arma, al ejercer un poder intimidante sobre la víctima, que facilita el desapoderamiento. Así lo ha sostenido esta Cámara en cuanto que: *"para que un determinado objeto pueda ser asimilado al concepto de arma, no solamente es requisito excluyente el poder intimidante que ejerce sobre la víctima (v. gr., un arma de juguete también podría crear una importante intimidación a la víctima y, sin embargo, es a todas luces ilógico que pueda considerársela arma), sino que también es necesario que concurra un poder vulnerante, es decir que la eventual utilización del objeto por el propio agente, analizada 'ex ante' a su efectivo empleo, constituya para el agraviado un peligro real y concreto"* (confr.: Sala IV, "Bazán, Diego Adrián s/ recurso de casación", causa n° 1303, reg. n° 1792-4, rta. el 12 de abril de 1999).

En conclusión, la sentencia es acertada al realizar el juicio de subsunción por lo que habrá de encuadrarse las

conductas de Daniel Gustavo Bertolini y Ricardo Emanuel Corzo en la figura contenida en el artículo 166, inciso 2°, 3° párrafo.

-IV-

Resta tratar el agravio introducido elípticamente por la Defensora Pública Oficial a fs. 338/354vta. y formulado concretamente al ampliar los fundamentos del recurso a fs. 372/379vta., esto es, la aplicación de una pena más severa que la que corresponde al delito en cuestión, sólo por haber sido declarados reincidentes, lo que deviene según su criterio, en una franca violación del principio de *non bis in idem*, como quedó expresado a fojas 376/vta.

Al respecto, primeramente cabe recordar que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, ya que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas, esto es, dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la ley fundamental, gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia; únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable, debe hacerse lugar a la inconstitucionalidad. De lo contrario, se desequilibraría el sistema constitucional de los tres poderes, que no está fundado en la posibilidad de que cada uno de ellos actúe destruyendo la función de los otros, sino en que lo haga con la armonía que exige el cumplimiento de los fines del Estado, para lo cual se requiere el respeto de las normas constitucionales y del poder encargado de dictar la ley (Fallos 226:688; 242:73; 285:369; 300: 241,1087; 314:424).

Por mandato constitucional -artículo 75, inciso 12 Constitución Nacional- es facultad del Congreso de la Nación, declarar ciertos actos como punibles y fijar sus penas, trazando el espectro punitivo dentro del llamado proceso de

criminalización primaria.

Se trata de una potestad exclusiva y privativa del Poder Legislativo, que si bien siempre se encuentra sometida al control judicial, la declaración de su inconstitucionalidad sólo puede ser dictada en el caso concreto y ante una manifiesta e inequívoca contradicción entre la norma legal y los preceptos de la Carta Magna y del derecho internacional de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

En consecuencia, los órganos que realizan dicho control cuando declaran la inconstitucionalidad del derecho, lo que hacen es aplicar la Constitución Nacional como ley suprema, invalidando el derecho que la contradice. Su efecto es declarar ineficaz en el caso concreto la disposición impugnada pero sin derogarla, conservando la norma su validez para el futuro.

En aquél sentido, el Superior Tribunal de la Nación ha señalado que el legislativo es el único órgano de poder que tiene la potestad de valorar conductas, constituyéndolas en tipos penales reprochables y decidir sobre la pena que estima adecuada como reproche a la actividad que se considera socialmente dañosa (Fallos: 209:342). Y además, ha reconocido que es ajeno al control judicial el examen sobre la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones (Fallos: 257:127; 293:163; 300:642; 301:341; 314:424).

Se trata pues, de las llamadas cuestiones o actos políticos, propios de los poderes políticos -Legislativo y Ejecutivo- y que por tanto no son justiciables, por ser actos discrecionales de aquéllos. Sostener que todos los actos o cuestiones -aún las políticas- son justiciables sería establecer el gobierno de los jueces, cosa inaceptable para el sistema republicano que nos rige.

Fijado cuando antecede e ingresando al análisis de ese agravio, es de advertir que, con relación a la reincidencia -artículo 50 del Código Penal- ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al pronunciarse sobre el fundamento de la reforma operada en el sistema de la reincidencia en el precedente publicado en Fallos: 308:1938 (caso "Gómez Dávalos"), que *"el instituto de la reincidencia se sustenta en*

el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida". Allí la Corte Suprema avaló la declaración de reincidencia a partir del tiempo de la condena *"cumplido efectivamente como penado (...) sin computar el tiempo de detención y prisión preventiva"* (conf. considerando 7°).

Ese desprecio por la pena anterior se refleja en una mayor culpabilidad, que autoriza una reacción más intensa frente al nuevo hecho (caso "L'Eveque", Fallos: 311:1451). Allí se afirmó que: *"el distinto tratamiento dado por la ley a aquellas personas que, en término del artículo 50 del Código Penal, cometen un nuevo delito, respecto de aquellas que no exteriorizan esa persistencia delictiva, se justifica, precisamente, por el aludido desprecio hacia la pena que les ha sido impuesta. Y si, como se vio, existe fundamento razonable para hacer tal distinción, el legislador se encuentra facultado para establecer, dentro del amplio margen que le ofrece la política criminal, las consecuencias jurídicas que estime conveniente para cada caso."* (Considerando 9°).

Por último, pese a que a la época del dictado del precedente "Gómez Dávalos" todavía no se habían receptado los pactos internacionales que lucen en el artículo 75 inciso 22, de la Constitución Nacional, en cuanto adhieren a la concepción de la reinserción social como objetivo de la pena privativa de libertad, debo señalar que aún teniendo en mira ese propósito las condiciones particulares de los enjuiciados y, justamente, la proclividad delictual y la condena anterior que registran, constituyen conductas de los quejosos que manifiestan su desprecio por el derecho y que pese su privación de libertad,

no pueden obtener la reinserción que el sistema pretende.

Por tales fundamentos, resulta a mi juicio indudable que la normas que regulan la reincidencia no pueden conceptuarse como arbitrarias, sino que son fruto del ejercicio lícito de una potestad legislativa. El legislador nacional es quien fija la política criminal del Estado al sancionar las leyes, normas que poseen su fundamentación, las que al ser sometidas al "test de constitucionalidad y convencionalidad", no resultan írritas o inconstitucionales.

Conforme a lo expresado precedentemente, corresponde rechazar el planteo efectuado por la defensa.

-v-

Por último, en cuanto a la falta de fundamentación en la mensuración de la pena y la errónea aplicación de los artículos 40 y 41 del Código Penal, cabe primeramente remarcar que si bien -en lo que aquí concierne- el tribunal *a quo* al condenar se ciñó a la solicitada por el representante del Ministerio Público Fiscal en su alegato (ver fs. 316vta./317vta.), he adelantar que la fijación de la sanción impuesta no contiene los argumentos mínimos suficientes en torno a las exigencias establecidas en los artículos 40 y 41 del Código Penal para considerar satisfechos adecuadamente los recaudos legales para que se considere fundada la decisión, de conformidad con las exigencias emanadas de los artículos 123 y 404 inciso 2° del C.P.P.N.

Ello así pues el *a quo* ha efectuado a mi juicio una insuficiente motivación en la medida que sólo se ponderaron una serie de circunstancias objetivas y subjetivas sin referir concretamente cuáles de ellas operarían como atenuantes y cuáles como agravantes, ni el por qué de esa valoración, sin aclararse su gravitación en el caso, ni en qué medida repercutieron en el *quantum* aplicado.

En tales condiciones, la sentencia carece de debida fundamentación en relación a la cuantificación de la sanción, lo cual la descalifica como acto jurisdiccional válido.

Por ello, corresponde en lo que este punto concierne hacer lugar al recurso de casación de la defensa, y en

consecuencia anular parcialmente la sentencia recurrida, exclusivamente en lo que a la fundamentación de la pena concierne, debiendo en consecuencia remitirse las actuaciones al tribunal de origen, toda vez que ha tomado conocimiento de visu de los condenados antes de cuantificar la pena (según lo establece el artículo 41, inciso 2° *in fine*, del Código Penal) razón por la cual resulta aplicable al caso lo resuelto en la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Maldonado" (Fallos 328:4343, considerandos 18 y 19) y "Niz, Rosa Andrea y otros s/recurso de casación" rta. el 15/6/2010 (N.132. XLV.), a cuyos términos corresponde remitirse en razón de brevedad.

No restando más agravios a tratar, propongo al Acuerdo rechazar parcialmente el recurso de casación interpuesto, con costas y confirmar la resolución aquí recurrida, por la que se condenara Gustavo Daniel Bertolini y Ricardo Corzo como coautores penalmente responsables del delito de robo agravado por haberse cometido mediante la utilización de un arma de utilería, en grado de tentativa, manteniendo su declaración como reincidentes y hacer lugar parcialmente al recurso de la defensa en lo que a la fundamentación de la pena se refiere, anulando la sentencia respecto de este punto; debiendo en consecuencia remitirse las actuaciones al tribunal de origen a tales efectos.

Tal es mi voto.

La señora juez **Angela Ester Ledesma dijo:**

Que por los argumentos que a continuación expondré habré de disentir con la solución propuesta por la voz que lidera este acuerdo.

a) En primer lugar, y tal como lo expresara a partir del precedente *Causa nro. 6797 "Fuertes Mamani, Juan Manuel, s/ rec. De casación, rta. 27/9/06, registro 1053/06* cabe advertir que más allá de los reparos de índole constitucional que se podrían formular respecto de las modificaciones que introdujo la ley 25.882 al art. 166 del Código Penal, se ha

dicho que *"el arma de utilería no puede ser considerada arma dado que carece de toda función ofensiva -más allá de la mera apariencia de tal-, por lo que la figura en análisis conculca el principio penal de acto, al introducir en el concepto de arma características que resultan en todo caso ajenas al significado de dicha palabra y que pertenecen a la esfera subjetiva del autor."* (Guillermo E. H. Morosi, "El robo con armas según la reforma de la ley 25.882", en "Reformas al Código Penal", Análisis doctrinario y praxis judicial, Gustavo E. Aboso -coordinador-, editorial B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2005, pág. 152). En este sentido, se observa que el caso no se adecua a los extremos contenidos en el último párrafo del precepto en cuestión.

Resulta oportuno recordar que se han esbozado diferentes teorías para explicar la razón de ser de la modificación introducida por la ley de referencia en el artículo citado y delimitar el concepto de arma, las que pueden sintetizarse básicamente en dos corrientes de pensamiento: a) una de carácter subjetiva, para la cual lo relevante en esta figura era la aptitud intimidante que ejercía en la víctima el elemento utilizado para cometer el hecho ilícito y b) de carácter objetiva, que definía la cuestión según la efectiva capacidad vulnerante, es decir por el mayor peligro real corrido por el sujeto pasivo ante un objeto de características ciertamente ofensoras (conf. Morosi-Aboso, ob. cit. pág. 138/139).

Y en la puntual hipótesis legal del robo cometido con un "arma de utilería" acuñada en la norma de referencia, el autor citado comenta que *"si se entiende por utilería aquel conjunto de objetos y enseres que se emplean en un escenario teatral o cinematográfico, no es descabellado sostener que será un arma de utilería toda aquella -y sólo aquella- que haya sido concebida para su empleo para aquellos fines específicos.";* quedando fuera del tipo penal *"las armas de juguete y las réplicas. Lo mismo sucede con las armas simuladas, cuya utilización eventualmente provocaría el encuadre de la conducta en las previsiones del robo simple."* (ob. cit. pág. 153).

Que la aceptación de cualquier criterio analógico que asimile algún instrumento de distinta naturaleza al concepto de "arma de utilería", en contravención a la interpretación restrictiva que impera en nuestro derecho penal -art. 2° del C.P.P.N.-, importaría una grave profanación al principio de legalidad. De esta manera, al ser el objeto secuestrado un arma "de plástico de fantasía" (cfr. Fs. 55 vta), es decir de juguete, la misma no encuadra en la figura legal motivo por el cual corresponde modificar la calificación jurídica por la figura básica del robo, en grado de tentativa.

b) En segundo lugar, en base a la propuesta efectuada precedentemente deberá producirse un nuevo debate sobre la pena a imponer, debiendo intervenir un nuevo tribunal, motivo por el cual los agravios en ese aspecto, devienen abstractos.

Sin perjuicio de lo expuesto, y para el supuesto en que lo postulado en el acápite anterior no obtenga resultado mayoritario, he de expresar que coincido con la voz que lidera este acuerdo respecto a la ausencia de una debida fundamentación sobre el monto de pena impuesto a ambos imputados, pues no se explicó la forma en que los distintos elementos incidieron en la graduación de la sanción para elevarla de su mínimo. Por lo demás, he de agregar que tampoco debe valorarse la existencia o carencia de antecedentes penales como pauta mensurativa de los arts. 40 y 41 del CP, tal como lo expuse en la causa Nro. 5938 "Diharce, Marcelo y otros s/ rec. de casación" rta. 22/12/05, registro nro. 1151/05.

c) Por último, respecto a la declaración de reincidencia impuesta a los imputados, se observa que -sin perjuicio de lo sostenido respecto de los reparos constitucionales de la reincidencia (cfr. Tribunal Oral Criminal Federal n° 1 de San Martín, causa 649 "Ortiz, J.C. s/ tenencia de arma de guerra y material explosivo", resuelta el 3 de mayo de 1999)- en las presentes actuaciones la cuestión pasa por determinar, de manera previa al control de constitucionalidad, si Bertolini y Corzo podían o no ser

declarados reincidentes conforme las previsiones del artículo 50 del CP.

La norma establece que "habrá reincidencia siempre que quien hubiera cumplido, total o parcialmente, pena privativa de libertad (...) cometiere un nuevo delito punible también con esa clase de pena". La cuestión referida a que debe tratarse del cumplimiento efectivo de una condena pasada en autoridad de cosa juzgada no genera mayores inconvenientes. El problema se presenta, en estas actuaciones, respecto del cumplimiento parcial de esa condena.

En la doctrina, se han planteado distintas alternativas respecto de qué debe considerarse por cumplimiento parcial. Sin embargo, a mi entender, la posición correcta es la que toma como plazo el cumplimiento de los dos tercios de la pena por analogía (*in bonam parte* y por lo tanto permitida) con el artículo 13 del Código Penal. Esta posición tiene como punto de partida que si el fundamento de la reincidencia es la insuficiencia de la pena anterior, es necesario que el plazo haya permitido un tratamiento penitenciario considerable. "No hay en nuestra ley penal porcentajes de cumplimiento relevantes a muchos efectos que nos permitan alternativas de interpretación. Prácticamente el único porcentaje orientador de que podemos echar mano es el de la libertad condicional en las penas temporales (...) los dos tercios son relevantes para la libertad condicional. Teniendo en cuenta que el principal efecto que tiene actualmente la declaración de reincidencia es el de obstaculizar la libertad condicional, ambos institutos aparecen vinculados legislativamente y, por ende, no resulta arbitrario considerar que los dos tercios relevados para una consecuencia tan importante como es permitir el cumplimiento del resto de la pena en libertad, también son relevantes a los efectos de la reincidencia en caso de eventual delito futuro" (Zaffaroni, Eugenio Raúl: *La reforma penal en materia de reincidencia y condenación condicional* en Doctrina Penal 1984, Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 364/365).

Este es, entonces a mi criterio, la posición más coherente con la sistemática del Código Penal. Además es la que, al utilizar un plazo concreto de la ley penal, salvaguarda

el principio de legalidad, al quitar del arbitrio del juez la posibilidad de establecer cuando se ha cumplido el plazo (Cfr. Donna, Edgardo Alberto; Iuvaro, María José: *Reincidencia y culpabilidad*, Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 102).

Que la decisión recurrida, luego de reseñar los antecedentes condenatorios que presentan los nombrados y los institutos de la ley 24.660 que le fueron concedidos, se sostuvo para ambos imputados que "*Estos antecedentes condenatorios y el parcial cumplimiento de pena en calidad de condenado justifican que sea declarado reincidente [respecto a Bertolini]...el antecedente condenatorio antes referido y el parcial cumplimiento de pena en calidad de condenado implican que Corzo deba ser declarado reincidente*" (cfr. Fs. 333).

Como se observa, se ha omitido analizar qué significa el “cumplimiento parcial de pena”, motivo por el cual corresponde dejar sin efecto las declaraciones de reincidencia dispuestas.

El señor juez doctor **Alejandro W. Slokar** dijo:

Adhiero a la solución propuesta en el voto que lidera el acuerdo, respecto del agravio en relación a la agravante del inc. 2° del art. 166 C.P., en mérito a cuanto llevo dicho en la causa n° 8568 “Sibilla, Alberto J. s/ recurso de casación” (rta: 13/12/2011, reg: 19.554).

Por lo demás, comparto plenamente las consideraciones expuestas, en cuanto a la carencia de fundamentación de pena en la sentencia aquí cuestionada, por lo que cabe la remisión de las actuaciones para que por medio de un tribunal habilitado se dicte una nueva pena, sobre la base de los parámetros aquí establecidos.

Más, en relación al cuestionamiento de la declaración de reincidencia y su inconstitucionalidad, sin perjuicio de mi convicción en orden a su colisión, sentadas en la causa n° 14.423 “Rearte, Mauro Germán s/ recurso de casación (reg. n° 19569, resuelta el 21 de diciembre de 2011) y la causa 14.324 “De Armas, Sergio Gastón s/ recurso de casación” (rta: 19/03/2012, reg: 19.739), adhiero a la solución propuesta por la juez Ledesma.

Así voto.

Por ello, en mérito al resultado habido en la votación que antecede el Tribunal **RESUELVE**:

I- Por mayoría, **RECHAZAR** el recurso de casación deducido a fs. 338/354vta. por la Defensa Pública Oficial en lo atinente a la agravante del inciso 2° del art. 166 del Código Penal, **CON COSTAS** (arts. 470 a contrario sensu, 530, 531 y concordantes CPPN),

II- **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación en lo relativo a la fundamentación de la pena impuesta a los condenados, **SIN COSTAS** y en consecuencia **ANULAR** la sentencia de fs. 323/335 en lo que a este punto se refiere, debiendo

remitirse la causa al Secretaría General de esta Cámara a fin de que se desinsacule un nuevo Tribunal, que deberá dictar un nuevo pronunciamiento conforme a lo aquí resuelto(arts. 471 CPPN, 530,531 y concordantes CPPN).

III- **HACER LUGAR PARCIALMENTE** por mayoría, al recurso de casación deducido por la defensa, en punto a la declaración de reincidencia de Gustavo Daniel Bertolini y Ricardo Emanuel Corzo, y en consecuencia, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia y dejar sin efecto las declaraciones dispuestas, **SIN COSTAS** (art. 470,530, 531 y concordantes CPPN).

Regístrese, notifíquese y remítanse las presentes actuaciones a la Secretaría General de esta Cámara a los fines dispuestos en el punto II de la presente decisión.

Fdo.:Dres. Ana Figueroa, Angela Ledesma y Alejandro Slokar. Ante mí: María Jimena Monsalve.