

Robo Agravantes Arma De Uteria Interpretacion De La Ley Control De Constitucionalidad Principio De Legalidad

JURISPRUDENCIA

Robo. Agravantes. Arma de utería. Interpretación de la ley. Control

de constitucionalidad. Principio de legalidad Se hace lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto y se modifica la calificación legal asignada a uno de los hechos investigados, cambiando la tipificación de robo agravado por haber sido cometido mediante el empleo de arma de utería, al de robo simple en grado de tentativa, dado que el elemento secuestrado era una réplica de pistola que arroja balines y su mecanismo de disparo no funcionaba, razón por la cual se había aplicado erróneamente el agravante, al no estar comprobados los elementos objetivos del tipo penal en cuestión. Además, las armas de utería no son -en rigor- armas, sencillamente porque para serlo necesitan ser instrumentos, medios o máquinas destinados a atacar o a defenderse.

En la ciudad de Buenos Aires, a los 11 días del mes de septiembre del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Luis F. Niño, Gustavo A. Bruzzzone y Patricia M. Llerena, asistidos por el secretario actuante, Santiago Alberto López, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 273/286 por la defensa oficial de M. A. U. V.; en la presente causa CCC 67368/2015/TO1/CNC1, caratulada ?U. V., M. A. s/recurso de casación?, de la que RESULTA: I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 de esta ciudad, por sentencia del 17 de mayo de 2016, -en lo que aquí interesa- resolvió: ?I. SE CONDENE a M. A. U. V. (alias) M. A. U. V. (o) M. A. U. V. (o) M. A. U. V., de las demás condiciones personales obrantes en el encabezado, a la pena de TRES AÑOS y DIEZ MESES de prisión, accesorias legales y costas, por resultar autor penalmente responsable del delito de ROBO agravado por haber sido cometido mediante el empleo de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada -hecho I- en concurso real con ROBO agravado por haber sido cometido mediante el empleo de arma de utería en grado de tentativa -hecho II- (artículos 5, 12, 19, 29 inciso 3°, 40, 41, 42, 45, 55, 166 inciso 2° último párrafo del Código Penal y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). II- SE CONDENE a M. A. U. V. (alias) M. A. U. V. (o) M. A. U. V. (o) M. A. U. V., de las demás condiciones personales obrantes en el encabezado, a la PENA UNICA de TRES AÑOS y ONCE MESES de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la impuesta en el punto que antecede y la sanción dictada el día 15 de abril de 2016 en el marco de la causa 4666 del Tribunal Oral Criminal 26 (pronunciamiento original de fecha 11 de diciembre de 2014 del Tribunal Oral Criminal 17 en causa 38884/2014 que fuera casada por la Sala II de la CNCCC), artículo 58 del Código Penal? (fs. 266/vta. - 267). II. Contra la sentencia condenatoria, el defensor del epigrafiado interpuso recurso de casación (fs. 273/286), remedio procesal que fue concedido por el tribunal de juicio (fs. 292/293) y debidamente mantenido ante esta instancia (fs. 300). 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 al recurso interpuesto el trámite del art. 465, CPPN (cfr. fs. 302). Luego, el recurrente presentó en término de oficina un escrito ampliando los agravios introducidos en el recurso que originó la incidencia, al tiempo que mantuvo la reserva del caso federal (fs. 305/312) IV. El 3 de julio de 2018 se celebró la audiencia prevista por los artículos 465, 4° párrafo, y 468 del cuerpo legal citado, de lo cual se dejó constancia en el expediente. Los agravios expresados en el escrito recursivo fueron reiterados, en lo sustancial, por el Defensor Público Oficial, titular de la Unidad de Actuación n° 2, Dr. Mariano Patricio Maciel en esa oportunidad. Consecuentemente, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas. V. Efectuada la deliberación establecida en el art. 469, CPPN, el tribunal arribó a un acuerdo en los términos que a continuación se exponen. Y CONSIDERANDO: El juez Luis Fernando Niño dijo: 1. Con el propósito de dar respuesta a los planteos de la defensa en su recurso, daré cuenta de los dos hechos que fueron tenidos por cierto por el tribunal a quo y de las pruebas en las que dicha decisión se sustentó. 1.1. Hecho 1: La sentencia tuvo por acreditado ?que el día 9 de noviembre de 2015, entre las 19:30 y 20:00 horas, M. A. U. V. ingresó al comercio sito en Av. Pueyrredón 193 de esta ciudad, denominado ?The Dark King? y, tras intimidar al encargado del local, se apoderó de la suma de cuarenta y ocho pesos (\$ 48). Para lograr su cometido, el encartado se presentó en el comercio como un cliente y, en esas circunstancias, esgrimió un arma de fuego -cuya aptitud para el disparo no pudo ser acreditada de ningún modo-, con la que apuntó al empleado que lo atendía -C. A. C.- a la zona del pecho y le exigió la entrega del dinero existente en la caja del local. Frente a ésta y, temiendo por su integridad física, la víctima entregó a U. V., el dinero existente en la caja registradora del comercio, que ascendía a la suma de cincuenta y ocho pesos (\$ 58). Luego, el imputado le indicó a C. que subiera al primer piso del local -donde se encuentra el depósito- y permaneciera allí, lo que el damnifico así hizo. De ese modo, U. V. se retiró del establecimiento llevándose consigo el dinero sustraído?. Hecho 2: También se estableció que ?el día 13 de noviembre de 2015, alrededor de las 15.40 hs. M. A. U. V., ingresó al local sito en Av. Corrientes 2718 de esta ciudad, denominado ?The Dark

King? y, tras mostrarse interesado en los productos a la venta, fue atendido por el empleado G. A. S., circunstancia en la que se levantó el sweater que vestía exhibiendo en su cintura un arma -que a la postre resultó ser de utilería- al tiempo que le manifestó a la víctima ?Dame la plata, esto es un robo? y exigió la entrega de la recaudación del comercio. Ante ello, S. le indicó que no tenía acceso al dinero y que para hacerse de él, debía llamar a la encargada del local, A. F. C., que en ese momento se encontraba en el depósito ubicado en la parte posterior del comercio. Así fue que S. convocó a viva voz a C., quien concurrió y se dirigió al imputado en la creencia de que se trataba de un cliente. En este contexto, U. V. nuevamente se levantó el sweater mostrando el arma que llevaba en la cintura y le exigió la entrega del dinero recaudado. Mientras ello sucedía, ingresó al local una empleada de la misma cadena de venta de indumentaria, ante lo cual U. V. se colocó detrás de ella y extrajo de entre sus ropas el arma que previamente había exhibido en forma parcial. En estas circunstancias el imputado ordenó a los tres empleados que se dirigieran al depósito del local y permanezcan allí, lo que así hicieron, para luego retirarse sin haber logrado sustraer dinero ni objetos de valor. A esta altura, S. advirtió que el arma que portaba el encartado era de utilería por lo que se dirigió en su persecución, hasta darle alcance y aprehenderlo con la colaboración de otros comerciantes de la zona. Una vez arribado personal policial, se materializó la detención del imputado y el secuestro del arma de utilería utilizada por éste.? (fs. 252-252/vta.) 1.2. El cuadro histórico reseñado se reconstruyó en función de los siguientes elementos de prueba señalados en la pieza procesal impugnada: En relación al primer episodio relatado en el apartado anterior, se tuvo en cuenta, principalmente, la versión de los hechos recreada por el empleado C. A. C., quien señaló -en lo sustancial- que la persona que lo asaltó se hizo pasar por un cliente, que el arma empleada en la ocasión era de metal, que no tenía tambor, que con aquel armamento lo apuntó a la altura del pecho y que le dijo que abriera la caja para darle la plata. Contó que le dio cuarenta pesos y que, pese a que el sujeto le decía que no lo viera a la cara, pudo advertir las siguientes características de aquél: que era robusto, pelado, con barba candado, usaba boina, medía un metro setenta centímetros aproximadamente y vestía una campera rompe vientos gris, un jean y unas zapatillas con rojo. Refirió que luego le ordenó que se quede en el depósito del comercio, lugar desde el cual llamó a su compañero del otro local. Para cuando aquel llegó, el autor del hecho ya se había ido. Hizo hincapié en que volvió a verlo en las circunstancias apuntadas en el segundo hecho, aclarando que cuando llegó al local de la Av. Corrientes esta persona estaba boca abajo -en el piso- y llevaba puesta una boina. Añadió que, con antelación al evento en el que fue detenido, ya había advertido a sus compañeros de los otros locales acerca de las características de este hombre, para que estuvieran atentos. Finalmente, corroboró que el arma secuestrada no era la misma que había usado el detenido en el hecho que lo damnificó. En lo que refiere al segundo suceso, su reconstrucción histórica se respaldó -principalmente- en las declaraciones testimoniales de los empleados del comercio denominado ?The Dark King? (emplazado en Corrientes 2718 de esta ciudad), quienes aportaron los siguientes datos: - G. A. S. manifestó que entró un muchacho y le pidió que le muestre unas chombas que estaban a la venta. En ese momento, le dijo que se quedara quieto, que era un asalto y que le diera la plata. Le mostró algo en la cintura que pensó que era un arma. Refirió que luego apareció en escena la encargada del local -A. C.- a quien también le dejó ver el mango de un arma; en ese momento entró E. -empleada de la otra sucursal- motivo por el cual esta persona sacó el objeto en cuestión -en su totalidad-, ubicándose detrás de esta última. Seguidamente, aquél le exigió el dinero de la caja, obteniendo como respuesta de C. que no había, tras lo cual el desconocido les indicó que se trasladaran al depósito, aprovechando ese desplazamiento para huir del lugar. El nombrado señaló, además, que recién cuando esta persona desenfundó el arma pudo darse cuenta de que era tal -por el caño más o menos roto, su peso y que se notaba que era de plástico-, razón por la cual salió a correrlo, le pegó un grito, le tiró una ?piña? y lo alcanzó. Preciso que lo agarró del cuello y entre los manteros, y otra gente de ahí, lo llevaron de nuevo al local. Después llamaron a la policía. Aclaró que no recordaba si en algún momento le taparon la cara, pero sí que, cuando estaba en el piso, tenía la cara descubierta. Explicó, por otra parte, que con motivo de la ocurrencia previa de un robo en otro local, la encargada exclamó que era el mismo individuo y dio aviso al empleado de esa sucursal, quien concurrió y reconoció al detenido como la misma persona obrante en el anterior suceso. - A. F. C., encargada del comercio, expuso que mientras atendía a una persona de sexo masculino -suponiendo que se trataba de un cliente- éste le dijo ?abrimela la caja?, se levantó el ?sweater? y le mostró la culata de un arma. Que, debido a lo fugaz de la acción no pudo distinguir de qué material era aquel elemento; sin embargo, se negó a cumplir con la petición del extraño. Que se acercó la otra compañera -E.- a quien, dicho individuo hizo ingresar al local y volvió a exigirles el dinero. Que, como ella se negó a abrir la caja, les obligó a dirigirse al sector de arriba, momento que el sujeto aprovechó para escapar. Continuó, relatando que G. lo corrió y lo trajo del cuello, permaneciendo sentado en el piso hasta que llegó la policía; luego lo colocaron boca abajo, con la boina puesta y la cara descubierta. Agregó que, por el parecido del sujeto con el descrito por el empleado de la otra sucursal pidieron que concurriera y, al arribar lo miró y dijo ?sí, es él?. Asimismo, reparó en que fue recién luego de que llegó la policía que enteró de que el arma utilizada en el hecho que la afectó era de juguete. De otra parte, el tribunal también tuvo presentes las declaraciones de los ciudadanos que presenciaron la detención de U. V. y el secuestro de sus pertenencias -J. E. S. y J. G. D. G.- y de los preventores A. A. M. y V. A. L., quienes coincidieron en cuanto

a que no se cubrió el rostro del detenido y a que el arma secuestrada era de juguete. Completaron el cuadro probatorio las actas de detención y notificación de derechos, el acta de secuestro de fs. 5, el informe pericial practicado a la réplica de la pistola utilizada en el evento (fs. 60) y los informes médicos glosados a fs. 51, 61 y 167/169.

1.2. La conducta descrita resultó constitutiva de los delitos de robo agravado por haber sido cometido mediante el empleo de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada -hecho I- en concurso real con robo agravado por haber sido cometido mediante el empleo de arma de utilería en grado de tentativa -hecho II-; y mereció la imposición de la pena de tres años y diez meses de prisión, accesorias legales, la que, a su vez, fue unificada con la recaída el día 15 de abril de 2016 en el marco de la causa 4666 del Tribunal Oral Criminal 26. En definitiva, se impuso a U. V. la pena única de tres años y once meses de prisión, accesorias legales y costas.

2. El recurrente interpuso recurso de casación contra la sentencia de condena, citando las dos causales contempladas en los incisos 1° y 2° del art. 456 del digesto ritual en la materia. En su desarrollo, se observa que el objeto de la impugnación cuestiona: a) la arbitrariedad en la aplicación de las reglas de la sana crítica, en cuanto a que se tuvo por probada la autoría de su defendido en el hecho ?1? y b) la errónea aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba, que conduce a una errónea calificación del hecho ?2?, como robo con arma de utilería en grado de tentativa.

2.1. Delineado el marco general de los agravios traídos a estudio por la parte recurrente, concierne reproducir los tramos sustanciales del primero de ellos, para luego abocarme a su tratamiento.

Errónea aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba -nulidad de la sentencia- al considerar que U. V. resulta autor del robo individualizado como ?hecho 1?. Bajo este título la defensa criticó el razonamiento empleado en la sentencia para identificar al epigrafiado como la persona que, el día 9 de noviembre de 2015, entre las 19:30 y 20:00 horas, cometió el robo perpetrado en el local de indumentaria denominado ?The Dark King?, sito en Av. Pueyrredón 193 de esta ciudad. De su lectura se advierte que el núcleo del planteo se orientó a cuestionar la posibilidad de alcanzar la certeza necesaria para arribar a un pronunciamiento de condena sobre la base de un único testigo, sin otra prueba que refuerce esa individualización. En ese sentido comenzó por aclarar que es erróneo valorar, en contra de su asistido, las declaraciones de los empleados convocados al debate por el segundo hecho investigado, en tanto ninguno de ellos presencié el primer evento y sólo tomaron conocimiento de aquél por los dichos de la única fuente disponible, el afectado C.. Con esa pauta como base refirió que resulta necesario determinar cuál es la capacidad de rendimiento que tiene esa única prueba de cargo cierta y concreta. En esa tarea, explicó que se vio comprometida la espontaneidad del testimonio de C. habida cuenta de que, tanto la descripción del hecho, como la del autor, fueron exteriorizadas recién cuando concurrió al local de la Av. Corrientes 2718 y observó al detenido en el suelo, agregando que para el caso de que haya existido una comunicación previa entre C. y C., no existen pruebas que avalen esa supuesta comunicación. Explicó que tampoco se conoce a ciencia cierta que el robo del día 9 de noviembre de 2015 haya acontecido realmente, por cuanto no se tuvo acceso a las comunicaciones de ?WhatsApp? que dijo C. haber tenido con sus compañeros de trabajo ni se formuló la denuncia respectiva. Conforme esos indicadores, continuó la defensa, la acusación del testigo no luce sólida ni convincente y, resultando la única prueba de cargo existente, carece de rigor necesario para sustentar por sí misma la condena cuando, además, se cuenta con la férrea negativa del enjuiciado. Luego, en el término de oficina, el defensor ante esta instancia agregó, a lo ya señalado, que no se trata de confiar -o no- en la palabra del testigo, sino de entender que puede estar equivocado aunque esté convencido de que lo que dice es cierto. De allí, la necesidad de entender que todo reconocimiento, incluso el realizado por un testigo confiado de su apreciación, bajo las prescripciones previstas en la ley puede resultar falible. Sin perjuicio de lo apuntado, hizo referencia a que las particularidades del acto de identificación -realizado cuatro días después del hipotético evento, con U. V. detenido en el piso, esposado y rodeado de policías- pudieron condicionar el acto de evocación y juicio de correspondencia. En definitiva, la defensa concluyó en que la convicción del testimonio del afectado no neutraliza la posibilidad de error, por lo que, al no haber prueba independiente, corresponde que se case la sentencia y se absuelva a su asistido.

2.2. Antes de evaluar si el a quo cumplió con las normas que rigen la valoración probatoria del hecho que ese órgano colegiado consideró acreditado y atribuido al epigrafiado y, consecuentemente, dar respuesta al agravio del recurrente, corresponde precisar que la defensa no discutió en el recurso de casación, ni en la presentación en término de oficina ni en la audiencia regulada por el art. 468, CPPN, la calificación legal asignada al episodio en estudio, como así tampoco el monto de la pena impuesta en relación a ese evento, ni adujo cuestión alguna de inaplicabilidad o inconstitucionalidad de la figura legal escogida por el a quo, sino que centró su crítica en cuestionar la autoría de U. V. en la ejecución del robo. Esa particularidad me exime de exponer mi postura, en este caso, respecto de la cuestionable constitucionalidad de la circunstancia agravante -expresada en el texto legal mediante Ley 25.882- con la frase ?cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada?, por lo que habré de dejar a salvo mi postura sobre el tópico, remitiéndome a las consideraciones realizadas en el precedente ?Villarroel? (1) de la sala II, entre otros; posición que vengo sosteniendo como juez de Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 desde la causa ?Berghella? de esos registros.(2) Formulada esta aclaración, estimo que, al contrario de lo sostenido por la parte, el tribunal oral valoró la prueba recibida en el debate bajo estricto

apego a la regla de la sana crítica y los principios que la regulan, alcanzando el grado de convicción necesario para tener por acreditado que, indefectiblemente, fue el nombrado U. V. la persona que el 9 de noviembre de 2015, entre las 19:30 y 20:00 horas, irrumpió en el comercio sito en Av. Pueyrredón 193 de esta ciudad, denominado "The Dark King" y, tras hacerse pasar por un cliente, intimidó al encargado del local con un arma de fuego -de la que no se pudo establecer su aptitud para el disparo-, se apoderó de la suma de cuarenta y ocho pesos (\$ 48) y luego se dio a la fuga con ese dinero en su poder. En efecto, y teniendo en cuenta las directrices trazadas por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia en el caso "Casal, Matías Eduardo", del 20 de Setiembre de 2005, que recuerdan que la jurisdicción de la Cámara de Casación no está ceñida a remediar la arbitrariedad fáctica, sino que comprende la revisión de la propia construcción del fallo, advierto que los magistrados del tribunal oral dimensionaron y contextualizaron correctamente los dichos del damnificado C. A. C., al igual que los testimonios de los empleados de la segunda sucursal afectada, en tanto y en cuanto a partir de esos relatos y de las particularidades del *modus operandi* evidenciado en ambos sucesos, lograron brindar una explicación respetuosa de los criterios racionales fundados en la lógica, la psicología y la experiencia -que conforman el método de la sana crítica (art. 398, CPPN), concluyendo, de ese modo, en asignar la autoría al epigrafiado del hecho de referencia.

Se advierte, en primer lugar, que las críticas ensayadas por la defensa -construidas sobre la base de que no existe prueba independiente del relato de C. para atribuirle el primer hecho- soslayan un elemento relevante que, si bien se deduce del testimonio del único testigo presencial, no guarda relación con las objeciones que el recurrente alega en cuanto al acto de identificación de su defendido en el marco de su detención. Me refiero, concretamente, a la similitud en el modo de ejecución de ambos sucesos, separados en el tiempo por tan solo cuatro días y caracterizados por una persona que simula ser un cliente interesado en adquirir una prenda de una misma cadena de indumentaria, que sorpresivamente revela sus verdaderas intenciones e intimida al empleado que lo atiende con un arma de fuego o elemento similar, exige el dinero de la "caja" y, finalmente, ubica al -o los- damnificados en un sitio propicio para emprender su huida. Ese modo sistemático de actuar, repetido casi a la perfección en uno y otro hecho, vinculado al firme reconocimiento de C., deja un nulo margen de duda respecto de la autoría de U. V. en la ejecución del "hecho 1". Es del caso recordar que tal y como se consignó en los precedentes "Núñez" (3), "Vargas Leis" (4), "Lopetegui" (5), entre otros de esta Cámara, no existen reparos de tipo constitucional para fundar una sentencia condenatoria sobre la base de un único testigo de cargo, en la medida en que ese testimonio, brindado en el marco de la audiencia de debate, se encuentre respaldado por el resto de los elementos probatorios incorporados a la causa, los que a su vez guarden coherencia y aporten veracidad a lo allí relatado. Con ese eje rector en mente, coincido, además, con el análisis llevado a cabo por el a quo al evaluar la credibilidad del testigo C., por cuanto lo determinante de su intervención no sólo se vincula con la firme identificación del acusado al momento en que lo observó esposado y detenido -en el marco del segundo hecho-, refiriendo que "fu(e) y v(io) que era la misma persona. Cuando lleg(ó) (él) estaba boca abajo, en el piso, tenía una boina, le v(io) la cara y lo reconoc(ió)" (fs. 238/vta.), sino también con la comunicación que mantuvo con los otros empleados de la firma - antes del segundo episodio-, aportando las características propias del epigrafiado, que condujeron a C. a comunicarse con aquél, al advertir esas coincidencias. La cercanía de ambos eventos, el repetido *modus operandi* y la precisión con la que se expresó quien resultó damnificado del primer suceso -sobre la modalidad empleada en la emergencia, así como respecto de las características fisonómicas del atacante-, desarticulan la alegación de la defensa acerca de la posibilidad de que el afectado se haya equivocado al momento de atribuirle la responsabilidad a U. V. por el ese hecho, sobre todo, tal y como se señaló, cuando las particularidades físicas y de vestimenta del acusado fueron aportadas por aquél con anterioridad a su reencuentro en el marco del segundo evento. De otra parte, del mismo modo debe negarse la argumentación del recurrente que infiere de la falta de acceso a los mensajes de "WhatsApp" y de la ausencia de denuncia formal del primer episodio su real existencia, por cuanto, aun si se suprimieran mentalmente esas conversaciones vía electrónica, no se explica por qué C. avisó particularmente a C. de la ocurrencia del "hecho 2", propiciando su concurrencia al lugar al momento en que se encontraba detenido el acusado. En definitiva, los indicadores recabados por el tribunal para arribar a un pronunciamiento de condena, en su conjunto, descartan cualquier hipótesis ensayada por el agraviado para desvincular a su asistido del evento criminoso. La Corte Suprema tiene dicho que la arbitrariedad de la sentencia se configura, entre otros casos, cuando se han considerado las pruebas, los indicios y presunciones en forma fragmentaria y aislada, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio; y en especial, cuando se ha prescindido de una visión de conjunto y de la necesaria correlación de los elementos probatorios entre sí, y de ellos con otros elementos indiciarios (Fallos C.S.J.N.: 308:641). Tal cuadro de situación dista de configurarse en este caso, por las razones expuestas. Por todo lo hasta aquí señalado, cabe concluir que la reconstrucción histórica del "hecho 1" que los magistrados de juicio han desarrollado en la sentencia impugnada, se ajusta a los parámetros normativos que la rigen, sin que las alegaciones ensayadas en su contra conmuevan su consistencia como pieza jurídica. Corresponde, entonces, la interpretación "a contrario sensu" del artículo 456, inciso 2º, del CPPN. 3. El siguiente cuestionamiento al fallo fue señalado por la defensa, en su recurso, bajo el título "errónea aplicación de las reglas de la sana crítica

en la valoración de la prueba -nulidad de la sentencia- que conduce a una errónea calificación del ?hecho 2? como robo con arma de utilería -tentado- (art. 166, inc. 2, tercer párrafo, CP)?. En un primer desarrollo del planteo, el recurrente advirtió que la sentencia resultó arbitraria -por contradictoria y citar prueba inexistente- al tener por acreditado el uso ostensible del arma secuestrada en poder de U. V.. Concretamente, explicó que el fallo realizó una valoración errada de la prueba en tanto si bien S. aseveró que el imputado sacó el arma (fs. 237 -acta de debate-), lo cierto es que C. en ningún momento afirmó tal cosa, pues declaró que el acusado le ?mostró la culata de un arma? (fs. 237 vta.) y que solo los amenazaba mostrando el arma hasta que se fue. Agregó que no es casual, entonces, que cuando en la audiencia le exhibieron el arma de juguete secuestrada a C. haya dicho que ?la que ella vio era más oscura y la empuñadura más cuadrada? (fs. 238), es decir, que la única parte que pudo describir fue el mango del objeto. De tal suerte -continuó alegando el defensor- la sentencia hizo decir algo al testigo que no dijo y que llevó a considerar que su asistido, efectivamente, sacó el arma de juguete de la cintura con la intención de compeler a las víctimas del robo a la entrega del dinero de la caja del comercio. En atención a esta situación fáctica que discute el recurrente reparó en que el juicio de tipicidad también resultó errado, habida cuenta de que la agravante del robo con armas (art. 166, inc. 2, tercer párrafo, CP) no se satisface con la sola exhibición parcial del objeto. Con cita de reconocidos autores en la materia, concluyó en que esta figura demanda que el elemento sea exhibido en forma amenazante u ostensible, que sea esgrimido o blandido, esto es, usado como un medio violento o intimidatorio con el fin del apoderamiento y no si la acción del agente se limitó a mostrar la empuñadura de aquel elemento. Como segundo cuestionamiento a la subsunción jurídica empleada por el a quo, dijo que, independientemente del modo en cómo fue utilizado el objeto en cuestión, el fallo consideró que se trataba de un ?arma de utilería? por dos motivos: tenía apariencia verdadera y los testigos creyeron que el imputado tenía un arma real. Sobre esa plataforma de análisis hizo mención a que, si se parte de una interpretación estrictamente gramatical de la ley, resulta incuestionable que un arma de juguete no es lo mismo que un arma de utilería, ya que esta última expresión, según el diccionario de la lengua española, refiere a un ?conjunto de útiles? o bien a un ?conjunto de objetos y enseres que se emplean en un escenario teatral o cinematográfico?. Por el contrario -añadió el defensor- si se considera la voluntad del legislador, se puede sostener que el concepto ?arma de utilería? comprende a cualquier elemento que se asemeje a un arma y que genere impresión en la víctima. De allí concluyó que en virtud de cuál sea el método de interpretación que se escoja se alcanzarán resultados opuestos acerca del alcance de la norma y que, si bien, cada uno de ellos puede basarse en buenas razones para su elección, corresponde adoptar aquel que consagre acabadamente el principio de legalidad [gramatical], por lo que es dable deducir que no pueden ser incluidas en la agravante las armas de juguete -como ocurre en este caso- sino únicamente las réplicas exactas. En función de estas consideraciones la defensa solicitó que se case parcialmente el punto I de la sentencia y se califique el hecho 2 como robo en grado de tentativa (arts. 42 y 164), a resultas de lo cual deberá reenviarse la causa a un nuevo tribunal para que fije una nueva pena por este hecho y una nueva pena única. 3.1. En diversas intervenciones, como juez ante el Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, tuve la oportunidad de expedirme sobre el tópico cuestionado (6), postura que mantuve en esta cámara al pronunciarme en los precedentes ?López? (7), ?Fernández? (8) y ?Galarza? (9). En esas ocasiones, por cierto, hube de fallar en disidencia respecto de la imposibilidad jurídica de considerar incluidos en el enunciado del artículo 166 del código sustantivo, reformado por ley 25.882, diversos hechos que la realidad social nos acercaba para su debido conocimiento y decisión. 3.1.1. Más allá de que la defensa no solicitó formalmente la declaración de inconstitucionalidad del precepto legal en cuestión sino que se limitó a promover su inaplicabilidad al caso en concreto, tal postura implica un cuestionamiento suficiente para ingresar en el análisis de la figura y pronunciar -inclusive- aquella declaración judicial de ?ultima ratio?. Desde el lejano precedente ?Waszyliszyn? (10) -del Tribunal Oral en lo Criminal n° 20- vengo sosteniendo que es facultad jurisdiccional ejercer el control difuso de constitucionalidad de las leyes, cualidad común, por cierto, de nuestro ordenamiento y del derecho constitucional federal estadounidense. Todos los jueces podemos -y, en su caso, debemos- ejercitarlo, sin perjuicio de que el caso llegue a conocimiento de la Corte Suprema como tribunal último, por la vía del recurso extraordinario legislado en el art. 14 de la Ley 48, tal como nos enseñara el profesor Germán Bidart Campos en su clásico ?Manual de Derecho Constitucional Argentino? (Ediar, B.A., 1972, p. 63). Esa máxima instancia judicial ha puesto de relieve, en consonancia con tal carácter difuso del control, que el deber de los tribunales inferiores frente a la jurisprudencia por ella generada no importa un acatamiento puro y simple, sino el reconocimiento a la autoridad de su investidura y de la necesidad de controvertir sus argumentos cuando la decisión del ?a quo? se aparte de aquélla (Fallos 212:51 y 312:2007). Sabido es -por otra parte- que el efecto del control se limita al caso resuelto, descartando la aplicación de la norma declarada inconstitucional a las partes que en él intervienen, pero dejando subsistente su vigencia fuera de aquél. Ello, sin perjuicio de la ejemplaridad que pudieren cobrar las sentencias y de su consiguiente proyección como precedentes en la jurisprudencia. Es indudable la gravedad institucional de un pronunciamiento judicial declarativo de la inconstitucionalidad de una ley, a la luz del caro axioma republicano de la división de las funciones del Estado. La doctrina del Alto Tribunal se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de considerarlo la ?ultima ratio? del orden jurídico. De manera que sólo cabe acudir a él

con la convicción de que más grave daño depararía a la República la aplicación, en el caso sometido a juzgamiento, de una disposición legal que se reputa seriamente repugnante a la Constitución Nacional. No se trata, pues, de arrogarse el control de las facultades de política criminal que el Parlamento nacional ejerce de acuerdo a los procedimientos establecidos para la sanción de las leyes?, sino de asumir, con prudencia pero con firmeza, el deber de constatar si se mantiene o no la supremacía constitucional en los casos sometidos a jurisdicción?, en caso de aplicar la ley vigente alusiva a los mismos (S.T. Entre Ríos, Sala en lo Penal y del Trabajo, 11-7-89, Rodríguez, M.A. y otros?, voto del Dr. Chiara Díaz; en el mismo sentido, T.S. Neuquén, 17-3-95, Valenzuela, Roberto c/ Compañía Naviera Pérez Companc?). Nuestro derecho constitucional federal reconoce un marco para el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes: la existencia de una causa judicial. El control se ejerce sólo en el ámbito de un proceso judicial y se expresa mediante la modalidad normal de pronunciamiento jurisdiccional, que es la sentencia. No nos está dado actuar de oficio, si por ello se entiende ejercer el control sin causa judicial o al margen de la misma, sea en consulta, dictamen o declaración teórica o general o abstracta. Más no opera oficiosamente el juez o tribunal que se expida sin que el titular del derecho agraviado haya solicitado específicamente la declaración de inconstitucionalidad. Aun cuando tal cuestión no haya sido propuesta por el titular actual de un derecho al que la aplicación de la ley vigente afectaría, al juez incumbe la debida aplicación del derecho, y en tal menester se mueve a tenor del adagio *iura novit curia*: el juez suple el derecho que las partes no le invocan o que le invocan erróneamente. En suma, el juez depende de las partes en lo que tiene que fallar, pero no en cómo debe fallar. Por eso, el control de constitucionalidad de normas y actos implicados en el derecho aplicable debe ser efectuado por el juez en la misma causa, sin necesidad de petitorio de parte interesada. Máxime en un caso como el que aquí se presenta, en el que se ha alegado la inaplicabilidad de la figura legal en cuestión. Se ha dicho, en tal sentido, que el control de constitucionalidad hace parte esencial e ineludible de la función judicial de interpretación y aplicación del derecho vigente para cada proceso y, por eso, debe efectuarse por el juez aunque no se lo pida la parte, porque configura un aspecto del *iura novit curia*, que significa: el juez suple el derecho que las partes no le invocan o que le invocan mal ... En consecuencia, configurada la causa judicial, la declaración de inconstitucionalidad es procedente sin petición expresa, cuando en el derecho aplicable el juez descubre la inconstitucionalidad (BIDART CAMPOS, Germán: *Compendio de Derecho Constitucional*, Ediar, Bs. As., 2016, p. 404. Con cursivas en el original).

En base a tales consideraciones es que estimo pertinente abocarme al control de constitucionalidad del precepto legal en pugna.

3.1.2. He de comenzar, entonces, recordando que los miembros de ambas Cámaras del Congreso Nacional gozan de la representatividad que le otorga la elección popular -como muchos de ellos se encargan de resaltar, sobre todo en épocas de tendencia al populismo, en las que se torna molesto el carácter contrafáctico del poder jurisdiccional- pero esa representatividad no presupone una licencia para expedir productos normativos formalmente válidos pero sustancialmente irracionales. Aun en épocas del incipiente parlamentarismo sucesor del Ancien Régime, una gráfica frase que devino universal señalaba que las cámaras británicas de los Lores y de los Comunes todo lo podían, salvo convertir a un hombre en mujer y viceversa. No hace mucho tiempo, el erudito civilista Profesor Luis Moisset de Espanés recordaba, en el marco de una de sus punzantes notas a fallo, el premio de un millón de libras esterlinas que la reina Victoria había instituido para el primer hombre que fuera capaz de gestar un hijo, en consonancia con aquel aforismo indicativo del inmenso poder del Parlamento y, paralelamente, de su límite ontológico. Los tiempos de ese modelo paleoliberal pasaron, y al estado legal de derecho sucedió, para bien de la democracia y -de manera especial- para la consolidación de las democracias republicanas, el Estado Constitucional de Derecho, en el que los límites no sólo los impone la Ontología sino el texto de la Ley Fundamental. Un órgano como el Congreso Nacional de nuestro país ha de reconocer, pues, los límites materiales y los límites normativos que acotan su -de todas maneras- amplísima facultad; y es la racionalidad de los actos de gobierno, derivado indiscutible de la forma representativa republicana estatuida en el artículo 1° de nuestra Carta Magna, una frontera en la que se dan cita ambos órdenes demarcatorios que los componentes de esa función estatal no deben sobrepasar. No deben, pero pueden; y ante el efectivo ejercicio de esa posibilidad somos los jueces los encargados de acudir prestamente, no en defensa de una desopilante dictadura de los jueces?, sino de la Constitución. Con su sencilla sabiduría, el código de todos conformado por el diccionario de la lengua define *arma* como *instrumento, medio o máquina destinado a atacar o a defenderse*?. Ni en las once acepciones subsiguientes, ni en las más de ochenta locuciones nominales, adverbiales y verbales que recoge el consabido catálogo, aparece lo que el legislador argentino ha querido entronizar en su precepto. Y, consecuentemente, cuando se refiere a *utilería* la define como *conjunto de útiles* y, más específicamente, como *conjunto de objetos y enseres que se emplean en un escenario teatral o cinematográfico*. Las *armas de utilería* no son, en rigor, armas, sencillamente porque para serlo necesitan ser instrumentos, medios o máquinas destinados a atacar o a defenderse; y los objetos o enseres usados en la ficción son eso, objetos ficticios, destinados a un mero espectáculo igualmente ficticio, no armas. Posiblemente los sesudos legisladores no se atrevieron a echar mano de la palabra *juguete* porque dejaba al desnudo la absurda pretensión de expansionismo punitivo desatada en una específica coyuntura social, en aras a la satisfacción del electorado bien pensante,

movilizado en manifestaciones propias de una democracia plebiscitaria. Catorce reformas al Código Penal argentino en menos de un trienio me eximen de fundar más acabadamente ese aserto. Lo cierto es que, como lo advirtió tempranamente Claudia Neira (?Una nueva discusión acerca del concepto de arma?, ADLA, 2004-C, ap. IV) introducir en el marco de dicho concepto objetos de características en todo ajenas al significado de dicha palabra conculca principios elementales del Derecho Penal democrático y liberal. Abriendo rumbos en ese orden de ideas, pongo de relieve una vez más que la alusión a ?arma de utilería? transgrede los siguientes principios delimitadores del poder punitivo estatal: el de legalidad, porque violenta la ontología al inventar un concepto irreal e imponerlo como elemento descriptivo del tipo objetivo; el de taxatividad legal, porque adolece de toda precisión técnica; el de lesividad u ofensividad, porque fabrica una lesión al bien jurídico pretendidamente diversa de la que ya contiene la figura básica del robo (art. 164 del Código Penal) cuando alude a la violencia en las personas, con el añadido, a este respecto, de cuanto anotaré en el siguiente párrafo; el de proporcionalidad mínima, por cuanto sanciona a quien emplea en el apoderamiento de una cosa mueble enseres útiles para la ficción -pero inútiles, en la realidad- como medio meramente intimidatorio, con la misma escala penal reservada a quien ciega o mutila dolosamente a otro (v. art. 91 del Código Penal), y -en suma- el de superioridad ética del Estado, por representar la pretensión de ?racionalizar un poder punitivo ejercido mediante aberraciones? (v. Zaffaroni, Eugenio et al, ?Derecho penal - Parte general?, Ediar, 2003, pp. 107-138). En el caso argentino, por lo demás, ni siquiera concurre la circunstancia, pergeñada hace varios lustros por el Ministro del Supremo Tribunal de Justicia de Brasil y docente de la Universidad de Brasilia, Luiz Vicente Cernicchiaro, en criterio vertido en la síntesis de jurisprudencia (súmula, en Portugués) n° 174, de aquel órgano judicial, de la inclusión de la ?grave amenaza? como modalidad alternativa a la ?violencia?, en el tipo básico de robo del artículo 157, primer párrafo, de dicho cuerpo de leyes. Lejos de ello, de cara a nuestro ordenamiento, que se haya consolidado la equiparación de la violencia con la intimidación, en la interpretación del tipo del artículo 164 del código de fondo en la materia, para neutralizar el virtual encuadre de una conducta amenazante en el desmesurado marco punitivo de la extorsión prevista en el artículo 168 de ese mismo texto legal, implica una excepcional analogía in bonam partem que, de ningún modo, puede emplearse como base para ensanchar, a contrario sensu, las posibilidades de punición en los tipos agravados. Aunque baste para rechazar ese extremo la regla de prohibición de analogía en materia penal, también lo veda entre nosotros el principio de isonomía, relevado por el magistrado del vecino país al predicar que ?(o) ?emprego de arma? foi considerado na espécie porque, no tipo-base, os verbos reitores são: grave ameaca ou violência á pessoa? [(e)l ?empleo del arma? fue considerado en la especie porque, en el tipo-base, los verbos rectores (sic) son: grave amenaza o violencia a la persona?]. Vale añadir, por lo demás, que el valor de dicha síntesis jurisprudencial cayó en ruidoso descrédito, tanto en la doctrina brasileña cuanto en la ulterior jurisprudencia mayoritaria, hasta su cancelación por el mismo órgano judicial, en Octubre de 2001, frente a fuertes objeciones, algunas no exentas de ironía, tales como la del Profesor de las Universidades UNISINOS (Porto Alegre) y UNESA (Rio de Janeiro) Lênio Streck, quien, en un recordado seminario, señaló, por reducción al absurdo, que mantenerse en el orden de ideas pretendido por aquella corriente jurisprudencial, conduciría a afirmar que ?un osito de peluche es un oso, una mujer inflable es mujer (y puede ser violada o raptada, si fuere honesta, evidentemente) y quien usa un muñeco en el robo respondería por concurso de personas? (citado, entre muchos otros, por GOMES, Luiz Flávio: ?STJ cancela súmula 174: arma de brinquedo não agrava o roubo?, 2001, sin mención de editor). En conclusión, corresponde declarar inconstitucional el precepto legal contenido en el art. 166, inciso segundo, párrafo tercero, segunda hipótesis, del Código Penal (art. 475 del Código Procesal Penal de la Nación) y, consecuentemente, establecer que M. A. U. V. deberá responder penalmente -?hecho ?- por el delito de robo en grado de tentativa (arts. 42 y 164 CP). 4. Habida cuenta del cambio de calificación postulado, como se ha sostenido en otros precedentes ya, se abren, para este tribunal, dos alternativas: o bien anula la sentencia y reenvía el asunto para que el mismo u otro tribunal dicte una nueva resolución, o asume la competencia positiva y resuelve el caso. La primera de las opciones implica dilatar más el proceso y, en definitiva, perjudicar la situación del encausado, en cuanto no se define cuál es la pena que le corresponde cumplir. Si bien ha sido el criterio adoptado por esta sala en la mayoría de los casos, durante la primera etapa de su funcionamiento, la experiencia desarrollada en este tiempo aconseja que sea este colegio el que resuelva la cuestión. Para determinar la graduación de la sanción a imponer en el presente caso, se deberá tener en cuenta la nueva escala penal así como el estudio de las pautas mensurativas valoradas a modo de agravantes y atenuantes por los jueces de la instancia anterior. Como sostuve en varios precedentes, ?Olmedo Báez? (11), ?Silva? (12), ?Orellana? (13) entre otros, para determinar la graduación de la sanción a imponer al imputado, la pena debe ser decidida tomando en cuenta la gravedad del hecho y la personalidad del autor; en este sentido, el art. 41 del Código Penal en su inc. 1° hace una clara referencia al injusto, al señalar que es ?la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causados? lo que permite ?cuantificar? el injusto conforme al grado de afectación del bien jurídico tutelado, mientras que en su inc. 2°, dicho precepto legal recoge ?la edad, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o dificultad para ganarse el sustento propio necesario...?, entre otros indicadores. Luego, es el ilícito

culpable el criterio decisivo para determinar la pena, y las razones de prevención especial deben servir como correctivo, en el sentido de que la única culpabilidad que puede ser tomada como criterio de individualización es la de acto, rechazando la culpabilidad de autor por ser contraria a la Constitución. Fiel reflejo de tales parámetros es el señalado por el máximo tribunal nacional en el precedente Maldonado (CSJN, Fallos: 328:4343, rta. 7/12/05), oportunidad en la que se argumentó que la medida de la pena no puede exceder la del reproche que se le formule a la persona por haber escogido el ilícito cuando tuvo la posibilidad de comportarse conforme a la norma, o sea, que la pena debe ser proporcional a la culpabilidad de autor, y esta culpabilidad se determina según el ámbito de autodeterminación que éste haya tenido para ejercer su conciencia moral en la constelación situacional en que hubiese actuado y en relación a sus personales capacidades en esa circunstancia... No se pena por lo que se es, sino por lo que se hace, y sólo en la estricta medida en que esto se le pueda reprochar al autor?. En este orden de ideas, a fin de ponderar el monto de la sanción impuesta por el hecho ventilado en autos habrá de tomarse en cuenta la nueva escala penal propuesta, habida cuenta de que la eventual respuesta punitiva habrá de partir de un mínimo de tres (hecho 1) hasta un máximo de trece años de prisión -en tanto concurren realmente los hechos 1 y 2-. De la lectura de la parte pertinente del fallo (fs. 263 vta. y ss., punto VI) considero que las pautas agravantes mencionadas por el tribunal oral no resultan criterios pertinentes para elevar la respuesta punitiva a imponer al epigrafiado, por cuanto, de un lado, la utilización del elemento intimidatorio en el primer hecho ya se encuentra contemplado en el tipo penal -no correspondiendo, por ende, una doble agravación-, mientras que, en el segundo evento, si bien el arma de juguete empleada en la emergencia puede ser evaluada dentro de los medios empleados para ejecutar la acción [conforme la letra del art. 41, primer inciso, CP] la particularidad que arroja el caso, en cuanto a la escasa identidad del elemento que busca emular a uno real, demostrada mediante los dichos y la actitud empleada por G. S. al advertir la inocuidad de aquel, me conducen a su irrelevancia para elevar el reproche sancionatorio. El mismo resultado es el que alcanzo en cuanto a la orden impartida por U. V. a los afectados para que se dirigieran -en uno y otro caso- al fondo del comercio y así poder huir sin ser atrapado, por cuanto considero que el tribunal no explicó adecuadamente su pertinencia para agravar la acción. Por el contrario, comparto los atenuantes valorados en la pieza procesal recurrida y que refieren a las constancias médicas incorporadas a la causa como a las circunstancias personales del epigrafiado -concretamente a su arraigo y vínculos familiares-. Tal cuadro general, me conduce a estimar ajustado a derecho, con las aclaraciones oportunamente señaladas, imponer a M. A. U. V. la pena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento, por encontrarlo autor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por haber sido cometido mediante el empleo de arma de fuego cuya aptitud para el disparo no puede tenerse de ningún modo por acreditada -hecho I- en concurso real con robo simple en grado de tentativa -hecho II- (artículos 40, 41, 42, 45, 55, 164 y 166 inciso 2º, último párrafo del Código Penal y 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). Dicha pena deberá unificarse con la sanción de seis meses de prisión impuesta el día 15 de abril de 2016 por el Tribunal Oral Criminal nº 26 en el marco de la causa 4666 de esos registros, sanción que se tuvo por compurgada con el tiempo de detención sufrido en dicho proceso y que fue solicitada por la defensa -al momento de alegar (fs. 243 vta.)- para su unificación con la presente. En virtud del método compositivo correctamente utilizado por el a quo, corresponde imponer a M. A. U. V. la pena única de tres años de prisión (arts. 40, 41 y 58, CP). Por último, he de dejar en claro que, si bien la mensuración de la pena que corresponde imponer al nombrado fue atendida sin llevarse a cabo la audiencia regulada en el art. 41 inc. 2º -última parte-, CP, ello guarda coherencia con los lineamientos trazados en el precedente López? (14) de esta cámara, oportunidad, vale recordar, en la que se dejó constancia -con cita de los fallos Argul? (15) y Tejerina? (16)- respecto de la necesidad de realizar audiencia de visu, a efectos de cuantificar la sanción penal del imputado, sólo podrá obviarse en aquellos supuestos en los que el sistema penal aplicare el monto mínimo regulado para los tipos penales en juego. 5. Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo: I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto a fs. 273/286 por la defensa oficial, MODIFICAR el punto I de la sentencia de fs. 247/267 por cuanto corresponde DECLARAR INCONSTITUCIONAL el precepto legal contenido en el art. 166, inciso segundo, párrafo tercero, segunda hipótesis, del Código Penal (art. 475 del Código Procesal Penal de la Nación), CALIFICAR el hecho 2º como robo simple en grado de tentativa y FIJAR LA PENA impuesta en esta causa a M. A. U. V. en la de tres años de prisión (arts. 40, 41, 42, 45 y 164 del Código Penal y 456, inc. 1º y 470 del Código Procesal Penal de la Nación). II. ANULAR el punto dispositivo II de la aludida pieza procesal y, consecuentemente, FIJAR LA PENA ÚNICA recaída al nombrado en tres años de prisión y costas, la que comprende la sanción impuesta en la presente causa y la pena de seis meses de prisión impuesta el día 15 de abril de 2016 por el Tribunal Oral Criminal nº 26 en el marco de la causa 4666 de esos registros, sanción que se tuvo por compurgada con el tiempo de detención sufrido (arts. 40, 41 y 58 del Código Penal y arts. 456, 457, 469, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). III. RECHAZAR PARCIALMENTE el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, en lo atinente a los restantes agravios, sin costas (456 inc. 1º a contrario sensu, 465, 468, 469, 530 y 531, CPPN). El juez Gustavo Bruzzone dijo: Llegado el momento de emitir mi voto he de adherir, en lo sustancial, a la solución a la que arribó el juez Niño en punto a la acreditación de los hechos imputados y a la autoría del acusado. Sin embargo,

he de apartarme del voto del colega en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad del art. 166, inciso segundo, párrafo tercero, segunda hipótesis, del CP (robo con arma de utilería), puesto que esa cuestión ya ha sido abordada al fallar en el caso ?Quintanilla? (17), de esta Cámara, a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad. Bajo estas condiciones y habida cuenta de que la defensa no introdujo agravio alguno en punto a la determinación del monto de la sanción, corresponde rechazar el recurso deducido por la defensa y confirmar la decisión del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 16, de esta ciudad -fs. 247/267- en todo cuanto ha sido materia de impugnación, con costas atento al resultado. Así voto. La jueza Patricia Marcela Llerena dijo: Comparto con el colega que lidera el acuerdo, su análisis vinculado a la acreditación de los hechos que resultaron materia de juzgamiento y que le son reprochados a U. V.. Mi disenso, se vincula con la declaración de inconstitucionalidad del art. 166, inciso 2°, párrafo tercero, del Código Penal. Con anterioridad, en mi condición de jueza de tribunal oral, al tratar la modificación introducida por la ley 25.882, señalé que de acuerdo con lo que se desprende del Mensaje del Poder Ejecutivo (no 1174), el motivo de agravar las penas se basó en diversas razones: a) con los bienes jurídicos que el Derecho Penal intenta proteger; b) porque se estimó que este tipo de delitos conlleva una alta peligrosidad por parte del autor, quien de esta forma aumenta su poder ofensivo, a la vez que hace disminuir el poder defensivo de la víctima con toda la situación de peligro efectivo y de graves consecuencias para la sociedad que todo ello genera? y c) además para terminar con viejas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de qué es arma. Para obtener dichos objetivos en la modificación legislativa, se introdujeron figuras en forma casuísticas, dejando de lado y sin explicación lógica, el concepto de arma que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se había conformado a través del tiempo. ?Es un arma tanto el objeto destinado para la defensa u ofensa (arma propia) como el que eventualmente por su poder ofensivo puede utilizarse para ese fin (arma impropia)... no haciendo residir la calificante en la simulación armada...? (conf. NÚÑEZ, Ricardo tratado de Derecho Penal, T.IV, págs. 240). El concepto indicado fue el sostenido durante décadas bajo la anterior redacción del delito de robo con armas. Con el texto normativo introducido por la ley 25.882, tenemos delito de robo agravado por armas, por arma de fuego, con arma de fuego cuya aptitud para el disparo no pudiera tenerse por ningún modo por acreditada y con arma de utilería. Cada uno de los cuatro supuestos indicados constituye un elemento normativo que debe ser tenido en consideración frente a la máxima taxatividad penal. Señalé, además, que ?utilería? es definido por la Real Academia Española como el ?Conjunto de objetos y enseres que se emplean en un escenario teatral o cinematográfico? (ver www.rae.es). A partir de ello, y tomando en consideración que la reforma de la ley 25.882 específicamente se refirió al ?arma de utilería?, concluí que aquello que resultaba errado era asimilar a ella otros objetos que simulen esa condición, como ser, los juguetes o las réplicas, en la medida que constituiría una interpretación analógica ?in malam parte? que conculcaría el principio de legalidad (art. 18 Constitución Nacional). Sentado ello, y a la luz del peritaje de fs. 60/60vta., que da cuenta de que el elemento secuestrado se trata de una réplica de pistola que arroja balines, pero que su mecanismo de disparo no funciona, concluyo que se aplicó erróneamente la referida norma, al no estar comprobados los elementos objetivos del tipo penal en cuestión. Con esta aclaración, adhiero a la solución propuesta por el juez Niño, a excepción de la inconstitucionalidad que postula, y emito mi voto en similar sentido al suyo. En mérito del cuerdo que antecede, esta Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, RESUELVE: I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto a fs. 273/286 por la defensa oficial, MODIFICAR el punto I de la sentencia de fs. 247/267 por cuanto corresponde CALIFICAR el ?hecho 2? como robo simple en grado de tentativa y FIJAR LA PENA impuesta en esta causa a M. A. U. V. en la de tres años de prisión (arts. 40, 41, 42, 45 y 164 del Código Penal y 456, inc. 1° y 470 del Código Procesal Penal de la Nación). II. ANULAR el punto dispositivo II de la aludida pieza procesal y, consecuentemente, FIJAR LA PENA ÚNICA recaída al nombrado en tres años de prisión y costas, la que comprende la sanción impuesta en la presente causa y la pena de seis meses de prisión impuesta el día 15 de abril de 2016 por el Tribunal Oral Criminal n° 26 en el marco de la causa 4666 de esos registros, sanción que se tuvo por compurgada con el tiempo de detención sufrido (arts. 40, 41 y 58 del Código Penal y arts. 456, 457, 469, 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). III. RECHAZAR PARCIALMENTE el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial, en lo atinente a los restantes agravios, sin costas (456 inc. 1° a contrario sensu, 465, 468, 469, 530 y 531, CPPN). Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; LEX 100) y cúmplase con la remisión dispuesta, sirviendo la presente de atenta nota de envío. LUIS FERNANDO NIÑO -en disidencia parcial- GUSTAVO A. BRUZZONE PATRICIA M. LLERENA Ante mí: SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ Secretario de Cámara Notas: (1) CNCP, Sala II, causa n° 23104/2009 ?Villaroel?, rta. 9/9/2016, jueces Niño, Sarraibayrouse y Morin (Reg. 699/2016). Allí si bien la defensa no planteó la inconstitucionalidad de la norma, solicitó que, en el caso, se descartara la aplicación de la agravante, motivo por el cual me decante por declararla de oficio. (2) V. gr. en causa n° 4148 ?Berghella, Amer Antonio? Tribunal Oral en lo Criminal n° 20 (rta. 5.11.2014) (3) Sentencia del 11.9.15, Sala III, jueces Niño, Jantus y Magariños, registro n° 451/15. (4) Sentencia del 25.11.15, Sala II, jueces Niño, Sarraibayrouse y Días, registro n° 687/15.

- (5) Sentencia del 3.10.17, Sala II, jueces Niño, Sarabayrouse y Morin, registro n° 948/2017. (6) Causas nros. 3792/4071 ?Reyes Lamadrid, Gonzalo Ezequiel? (rta. 15.8.13); 3777 ?Ramírez, Jorge Luis? (rta. 5.7.12); 3765 ?Vento Alfonso, José Luis? (rta. 25.6.12), entre otras. En todos los precedentes indicados, si bien hube de expedirme a modo de obiter dictum por razones procesales, dejé en claro mi tajante postura respecto de la inconstitucionalidad del art. 166 inc. 2°, último párrafo, C.P.
- (7) Sentencia del 7/3/2017, Sala II, jueces Sarabayrouse, Niño y Morin, reg. 236/2017.
- (8) Sentencia del 10/11/2017, Sala II, jueces Sarabayrouse, Morin y Niño, reg. 1136/2017. (9) Sentencia del 13/12/2017, Sala I, jueces Garrigós de Rébora, García y Niño, reg. 1314/2017. (10) Causa n° 454 de los registros del Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, resuelta el 29 de setiembre de 1997. (11) Sentencia del 7/4/17, Sala II, Jueces Niño, Sarabayrouse y Morin, reg. 240/2017 (12) Sentencia del 5/6/17, Sala II, Jueces Niño, Sarabayrouse y Morin, reg. 438/2017 (13) Sentencia del 4/7/17, Sala II, Jueces Niño, Sarabayrouse y Morin, reg. 551/2017 (14) Sentencia del 21 de marzo de 2016, reg. 190/2016, jueces Morin, Sarabayrouse y Niño.
- (15) CSJN, ?Argul, Nicolás? (A. 984. XLI del 18.12.2007). Voto en disidencia del juez Zaffaroni.
- (16) CSJN ?Tejerina, Romina? (T. 228. XLIII del 8.4.2008) Voto en disidencia del juez Maqueda.
- (17) CNCCC, Sala 1, ?Quintanilla, Tomás Eduardo?, c. 53.185/13, reg. 1335/17. Correlaciones: L. S. H. s/recurso de casación - Cám. Nac. Casación Crim. y Correc. - sala II - 07/03/2019 - Cita digital IUSJU037880E 037881E