



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25337/2011/TO1/CNC3 - CNC4

Reg. n° 1522/2022

En la ciudad de Buenos Aires, a los 22 días del mes de septiembre de 2022, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Mario Magariños, Pablo Jantus y Alberto Huarte Petite, asistidos por el secretario Guido Waisberg, para resolver el recurso de casación interpuesto en este proceso n° CCC 25337/2011/TO1/CNC3-CNC4, del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 5, con fecha 23 de septiembre de 2020, y en lo que aquí interesa, resolvió condenar al señor Sergio Gustavo Rodríguez a la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor del delito de tentativa de robo agravado por su comisión con un arma de fuego, en concurso ideal con portación ilegítima de un arma de guerra, éste último en calidad de autor, en concurso material con el delito de tentativa de homicidio agravado por el uso de un arma de fuego en calidad de coautor. Asimismo, se lo declaró reincidente.

II. Contra esa decisión, la defensa interpuso un recurso de casación que fue concedido, mantenido ante esta instancia y al que la Sala de Turno otorgó el trámite previsto en el artículo 465 del Código Procesal Penal de la Nación.

III. En la oportunidad prevista en los artículos 465, 4° párrafo y 466 del cuerpo legal citado, la defensa efectuó una presentación en la que introdujo un nuevo motivo de agravio.

IV. Superada la etapa contemplada en los artículos 465, último párrafo y 468 del Código Procesal Penal de la Nación, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

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



Y CONSIDERANDO:

El juez Mario Magariños dijo:

-I-

En la sentencia impugnada se consideró acreditado, en lo que aquí resulta relevante, que el 23 de junio de 2011, aproximadamente a las 11:45 hs., el señor Sergio Gustavo Rodríguez y otros dos sujetos descendieron de un automóvil portando cada uno un arma de fuego – el imputado, específicamente, una pistola marca Pietro Beretta, calibre .9mm, n° X26636Z–, se aproximaron al garaje de la vivienda ubicada en la calle Pizarro n° 5516 de esta ciudad y, mientras el señor Rubén Alberto Gómez descendía de su rodado, lo intimidaron con la finalidad de apoderarse del vehículo. Asimismo, se tuvo por probado que, mientras ello sucedía, el acusado pasó por delante del damnificado, éste último aprovechó el espacio que había entre su automóvil y la pared del garaje para aprisionarlo con su cuerpo contra el rodado, y el imputado, mientras trastabillaba producto del empujón, efectuó al menos un disparo con su arma de fuego, dirigido hacia la cabeza de la víctima, sin impactarla.

Sobre la base de ese sustrato fáctico, el acusado fue considerado coautor del delito de tentativa de robo agravado por su comisión con un arma de fuego, en concurso ideal con portación ilegítima de un arma de guerra, éste último en calidad de autor, en concurso material con el delito de tentativa de homicidio agravado por el uso de un arma de fuego en calidad de coautor (artículos 41 *bis*, 45, primera parte, 54, 55, 79, 166, inciso 2°, segundo párrafo, y 189 *bis*, inciso 2°, cuarto párrafo, del Código Penal).

La reconstrucción histórica, en lo relativo a las proposiciones fácticas vinculadas con el comienzo de ejecución del apoderamiento ilegítimo, el empleo de armas de fuego, y el disparo efectuado por el imputado, no fue motivo de agravio y, además, se advierte que el tribunal oral arribó a esa conclusión mediante un adecuado apego a las





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25337/2011/TO1/CNC3 - CNC4

pautas fijadas en los precedentes “Cajal” (reg. n° 351/2015) y “Meglioli” (reg. n° 911/2016) –ver votos del juez Magariños–.

–II–

El impugnante se agravió, en primer lugar, por la valoración probatoria realizada en la sentencia para tener por acreditado que el disparo efectuado por el imputado estuvo dirigido hacia una zona vital del cuerpo del damnificado (específicamente, su cabeza), y sostuvo que, por el contrario, la prueba producida en el debate sólo permitía considerar probado que el acusado, mientras forcejeaba con la víctima, realizó un disparo cuando ella ya no se encontraba en su línea de tiro. De acuerdo con la defensa, la modificación de ese tramo de la plataforma fáctica sería relevante para concluir que el comportamiento del imputado no reúne el elemento subjetivo del delito de tentativa de homicidio doloso (artículos 42 y 79 del Código Penal).

Para tener por acreditado este extremo, los sentenciantes ponderaron, centralmente, el testimonio prestado en el juicio por el damnificado, quien puntualizó que, cuando fue rodeado por los intervinientes en el garaje de su domicilio, uno de ellos se colocó a su izquierda y lo apuntó con su arma a la altura de los riñones, mientras que el imputado pasó por delante suyo en el espacio que había entre su vehículo y la pared, oportunidad en la que el testigo aprovechó para aprisionarlo con su cuerpo contra el automóvil y tomar el caño del arma del otro interviniente y bajarlo a la altura de su pierna. Asimismo, el *a quo* valoró que, de acuerdo con el relato del testigo, inmediatamente después de lo anterior, el último sujeto disparó contra su pierna y, en lo que aquí resulta relevante, el acusado, mientras trastabillaba debido al empujón que el damnificado le había propinado, le disparó una o dos veces su arma sin lograr impactarlo.

Con relación a esto último, los jueces del juicio tuvieron en cuenta que la víctima detalló que el imputado se hallaba a 50 cm. de él



y el arma estaba a unos 20 cm. de su oreja derecha, y sostuvo que, desde su apreciación de la situación, los disparos tenían como fin matarlo. Asimismo, como elemento de prueba corroborante, el tribunal oral valoró que los informes periciales practicados establecieron que el arma del acusado fue accionada por lo menos una vez, y que ese disparo impactó en la pared que se hallaba detrás del cuerpo del damnificado.

Frente a ello, los sentenciantes concluyeron que el acusado actuó con la intención de matar a la víctima pues, en un contexto de violencia, y desde una corta distancia, efectuó un disparo con un arma de fuego dirigido hacia su cabeza.

Este aspecto de la sentencia recurrida, conforme se explicará a continuación, también exhibe un adecuado apego a las pautas de valoración probatoria fijadas en los citados precedentes “Cajal” y “Meglioli” y, en consecuencia, debe ser confirmado.

El impugnante sostuvo que el *a quo* valoró incorrectamente la declaración del damnificado, en tanto, a su ver, de su testimonio no se desprendía que el acusado efectuó un disparo dirigido a su cabeza, sino que, por el contrario, su conducta tuvo lugar en el marco de un forcejeo, una vez que el arma ya había pasado la línea del cuerpo de la víctima y estaba direccionada hacia la pared. Sobre esto último, la defensa señaló que no correspondía asignar un valor determinante a lo señalado por el damnificado sobre la dirección del disparo, pues ello constituyó una “mera creencia” del testigo.

Por otro lado, el recurrente señaló que su hipótesis encuentra apoyo en varias circunstancias objetivas, a saber: la posición en la que se hallaba el acusado, conforme lo describió el damnificado, tornaba difícil que pudiese apuntar hacia su cabeza; y agregó que, la marca hallada en una pared, atribuida al disparo efectuado por el imputado, constituye un dato compatible tanto con la versión que se tuvo por





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25337/2011/TO1/CNC3 - CNC4

probada en la sentencia impugnada como con la hipótesis de la defensa.

El agravio debe ser rechazado, pues el impugnante, al desarrollarlo, no toma a su cargo la tarea de rebatir adecuadamente la fundamentación expuesta por el tribunal oral para asignar un valor probatorio elevado al relato de la víctima y, de ese modo, tener por acreditado este tramo específico de la plataforma fáctica. En efecto, al contrario de lo postulado por el recurrente, el razonamiento probatorio del *a quo* sobre este punto no se apoyó exclusivamente en la información aportada por la “mera creencia” del testigo sino, en cambio, en los datos que introdujo de acuerdo a lo que efectivamente observó, y en este punto la defensa también omite tener en cuenta que la información valorada por el tribunal oral no provino de cualquier clase de persona, sino de una que, de acuerdo con su profesión (agente policial), cuenta con experiencia en el manejo de armas.

Por lo demás, el contexto global del hecho probado, consistente en que la víctima se encontraba acorralada en un reducido espacio cerrado, apuntada por uno de los ejecutores a la altura de su cintura, en tanto el aquí acusado también lo apuntaba con un arma de fuego, sostenida a la altura de la cabeza de la víctima y a escasos centímetros, permite afirmar la correcta ponderación del tribunal de juicio, al considerar que el disparo ejecutado por el señor Rodríguez en el momento del forcejeo, importó un riesgo para la vida abarcado por la prohibición de los artículos 42 y 79 del Código Penal.

En tal sentido, pretender discutir si en ese marco, en pleno movimiento tanto de la víctima como de sus victimarios, aquel que, de estos últimos, sostiene un arma de fuego apuntada a la altura de la cabeza del damnificado, a escasos centímetros de distancia, ejecuta un disparo, no intentó matarlo, resulta francamente carente de razonabilidad y del todo alejado del más elemental sentido común.



Establecido lo anterior, luce también acertada la decisión del *a quo* de subsumir la conducta del acusado en el tipo penal de tentativa de homicidio doloso, pues aún con la más amplia definición del concepto de dolo –aquella que requiere el conocimiento de los elementos típicos, más la voluntad de su realización–, o bien con base en la que sólo considera al conocimiento como condición suficiente (cfr. al respecto el precedente “Monje”, reg. n° 1223/2020, voto del juez Magariños), las proposiciones fácticas que se tuvieron correctamente por acreditadas en la sentencia tornan ineludible la conclusión acerca de este punto.

-III-

Finalmente, la defensa se agravió por decisión del tribunal oral de declarar reincidente al acusado. Al respecto, argumentó que ese instituto es inconstitucional por afectar diversos principios fundamentales y, subsidiariamente, sostuvo que no se verificaron en el caso concreto las exigencias derivadas del artículo 50 del Código Penal.

En razón de las consideraciones formuladas en el precedente “Obredor” (reg. n° 312/2015) –ver voto del juez Magariños–, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, en tanto esa norma legal contradice lo dispuesto en los artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional, y dejar sin efecto la declaración de reincidencia dictada en el caso (artículos 470 y 475 del Código Procesal Penal de la Nación).

-IV-

En definitiva, corresponde: I) hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto, declarar la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, y dejar sin efecto la declaración de reincidencia dictada en el caso (artículos 470 y 475 del Código Procesal Penal de la Nación); II) rechazar los restantes agravios (artículos 470 y 471,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25337/2011/TO1/CNC3 - CNC4

ambos *a contrario sensu*, del Código Procesal Penal de la Nación); sin costas (artículos 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Pablo Jantus dijo:

En primer lugar, coincido con el colega Mario Magariños en que los elementos de convicción colectados en el debate, prolijamente descriptos y adecuadamente valorados en la sentencia, permiten sostener con certeza apodíctica la reconstrucción histórica del hecho juzgado y la participación del imputado, conforme los parámetros desarrollados a partir de la causa n° 11375/2013/TO1/CNC1 de esta Sala, caratulada “Mansilla, Pablo y otro s/ lesiones leves” (Rta. 16/7/2015, Reg. n° 252/2015).

Asimismo, considero que las proposiciones fácticas que se tuvieron por probadas en la sentencia, analizadas de forma conglobada en función de la prueba relevada -el circunstanciado y contundente relato del damnificado y los informes periciales-, son suficientes para descartar la hipótesis de la defensa y establecer que se encuentra debidamente probado el aspecto subjetivo del delito seleccionado, aun para quienes, como el suscripto, entienden que el dolo abarca tanto el aspecto cognitivo, relativo al conocimiento de los elementos del tipo objetivo, como el volitivo, correspondiente al querer su realización en función del conocimiento que se tiene de ellos (cfr., E.R. Zaffaroni, A. Alagia y A. Slokar; Derecho Penal, Parte General, Ediar, 2000, Buenos Aires, pp. 495 y ss.).

Por último, considero que debe ser atendida la impugnación relacionada con la fundamentación por parte del Tribunal sobre la aplicación de dicho instituto, en función de las razones expuestas en el caso “Ullua” de esta Sala (Reg. n° 605/2016), a cuyas consideraciones *in extenso* me remito.

Allí sostuve que la decisión acerca del alcance y significado del tiempo de cumplimiento de una pena anterior que requiere el art. 50 CP debe fundarse en la interpretación armónica de esa norma y del



régimen de ejecución de la pena (Ley n° 24.660), lo que sólo puede conducir a la conclusión de que para ser reincidente es necesario haber cumplido al menos la mitad de la condena anterior y haber sido sometido al sistema de progresividad que prevé la citada ley.

Dicha norma dio sustento legal a la tesis en cuestión, modificó sustancialmente el panorama que se consideró al resolver el caso “Guzmán” (Cámara Nacional de Apelaciones del fuero en pleno, Rto. 8/8/89, LL 1989E, p. 65 –ver en particular voto de los jueces Elbert, Tozzini y Ouviña–), y permite sostener esa interpretación como la más equitativa en tanto relaciona adecuadamente las pautas a considerar: la aplicación del art. 50 CP requiere que el imputado haya sido sometido previamente a un régimen progresivo que procure su reinserción social, puesto que conforme la interpretación del instituto formulada en el punto anterior, la declaración de reincidencia se hace efectiva ante el incumplimiento de las expectativas derivadas de ese proceso que el Estado debe haberle brindado –más allá de su avance o efectividad, que depende del comportamiento del imputado– y que establece, para las penas temporales, la mitad de la condena para acceder al primer beneficio (art. 15 Ley n° 24.660).

En el caso traído a estudio, para declarar reincidente a Sergio Gustavo Rodríguez, el Tribunal consideró como antecedente relevante que fue condenado el 27 de noviembre de 2008 por el Juzgado de Garantías n° 4 de Florencio Varela en la causa n° 2015 a la pena de ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento con costas, por resultar autor del delito de hurto simple, sentencia cuya firmeza fue adquirida ese mismo día y cuyo vencimiento se estableció para el 30 de junio de 2009, habiéndosele concedido la libertad asistida el 27 de junio de 2009.

Así, pues sostuvo que “no hay dudas que el encausado cumplió parte de la pena impuesta (...) detenido en calidad de condenado y que entre el vencimiento de esa pena -el 30 de junio de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25337/2011/TO1/CNC3 - CNC4

2009- y la fecha de comisión de los hechos por los que aquí se lo condenó -23 de junio de 2011- no transcurrieron los cinco años que exige el artículo 50 del Código Penal, por lo que corresponde declararlo reincidente.” En ese sentido, precisó que “la fecha que debe tenerse en cuenta para este análisis es la del hecho y no la de la sentencia” y que “basta con que el nuevo delito se cometa dentro del plazo exigido por el artículo 50 del Código Penal, sin que pueda colegirse de la norma que la sentencia también deba ser dictada -y adquirida firmeza- dentro de plazo en cuestión”. Además, señaló que no le era ajena la dilación del proceso por la propia conducta del imputado, quien había permanecido prófugo durante muchos años.

Ahora bien, aun cuando el nombrado hubiese cumplido parte de la sanción mencionada en carácter de condenado, es claro que ella, por su escaso monto, resulta insuficiente para abastecer los parámetros mencionados precedentemente, en la medida en que carecía de la duración necesaria para que el Estado hubiese podido ofrecerle la realización de un tratamiento penitenciario resocializador progresivo efectivo; sin perjuicio, además de que en la sentencia en crisis se tomó en consideración únicamente que el delito investigado en esta causa fue cometido dentro del plazo de cinco años previsto en la última parte del art. 50 del C.P., mas ninguna reflexión mereció la circunstancia de que, desde el inicio de esta causa hasta la fecha de debate transcurrieron alrededor de nueve años, casi el doble del plazo que prevé aquella norma.

En consecuencia, corresponde dejar sin efecto la declaración de reincidencia de Sergio Gustavo Rodríguez, lo que debe resolverse sin costas (art. 50 del Código Penal y arts. 470 y 471 del Código Procesal Penal de la Nación).

En virtud de ello, deviene inoficioso el planteo de inconstitucionalidad subsidiario interpuesto por la defensa en el término de oficina en cuanto al instituto de la reincidencia.



Así voto.

El juez Alberto Huarte Petite dijo:

En atención a que mis colegas han coincidido en la solución que corresponde dar al caso, he de abstenerme de emitir mi voto (artículo 23, último párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación).

Por ello, la **Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de esta ciudad RESUELVE:**

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso interpuesto, **CASAR PARCIALMENTE** la decisión recurrida y, en consecuencia, **DEJAR SIN EFECTO** la declaración de reincidencia dictada en el caso (artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. RECHAZAR los restantes agravios presentados y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la decisión recurrida (artículos 470 y 471, ambos *a contrario sensu*, del Código Procesal Penal de la Nación).

Todo se resuelve sin costas (artículos 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Se hace constar que el juez Alberto Huarte Petite participó de la deliberación por medios electrónicos y emitió su voto en el sentido indicado, pero no suscribe la presente (Acordadas 3/2020, 4/2020, 7/2020 y 11/2020 de esta Cámara; cfr. Acordadas 12/2020, 14/2020 y 27/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y artículo 109 del Reglamento para la Justicia Nacional).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta cámara, regístrese, infórmese mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente de lo aquí decidido –el cual deberá notificar personalmente al imputado–, notifíquese, comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; LEX 100) y remítase el incidente de acuerdo a las pautas sentadas en la Acordada n° 27/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 25337/2011/TO1/CNC3 - CNC4

PABLO JANTUS

MARIO MAGARIÑOS

Ante mí,

GUIDO WAISBERG
SECRETARIO DE CÁMARA

