

REGISTRO Nº 20.832

///la ciudad de Buenos Aires, a los 20 días del mes de noviembre 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 nº 15.268 caratulada: "Benítez Alvarez, Carlos Esteban s/ recurso de casación". Representa al Ministerio Público Fiscal ante esta Cámara, el señor Fiscal doctor Ricardo Gustavo Wechsler, y a la Defensa Pública Oficial, la Defensora Mariana Grasso.

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 Slokar y Ledesma respectivamente.

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

**-I-**

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal nº 12, resolvió con fecha 16 de diciembre de 2011, **I) CONDENAR A Carlos Aníbal BENÍTEZ ÁLVAREZ (...) A LA PENA DE UN AÑO Y DIEZ MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS**, por resultar autor material y penalmente responsable del delito de robo de vehículo dejado en la vía público en grado de tentativa (arts. 12; 29 inc. 3º; 42; 45; 167 inc. 4º en función del art. 163 inc. 6º del Código Penal y artículo 531 del Código Procesal Penal de la Nación", y **II) DECLARAR REINCIDENTE a Carlos Aníbal BENÍTEZ ÁLVAREZ**, con relación a la causa nº 2725 del Excmo. Tribunal Oral en lo Criminal Nº 4 de la Capital Federal.

Contra esta resolución, el Defensor Público Oficial, Daniel E. Parodi, interpuso recurso de casación a fojas 274/279vta., el que fue concedido a fojas 230/231.

2º) El recurrente fundó su recurso en ambos supuestos previstos en el artículo 456 del código de rito.

Señaló que el tribunal valoró arbitrariamente la prueba reunida, lo que derivó en una errónea fundamentación de la sentencia en los términos de los artículos 123 y 404 inciso 2º, del código de forma, lo que acarrea su nulidad.

Manifestó que hubo una discrepancia entre los dichos de los testigos, que fue reconocida por el tribunal y de haberse tenido en cuenta hubiera sido distinto el desenlace de la sentencia.

Por otra parte, agregó que existen en autos pocos elementos que vinculen a Benítez Álvarez con el suceso, lo que conduce necesariamente a la absolución por duda de su pupilo procesal.

Agregó que en caso de que se haga caso omiso a su solicitud, debería modificarse la calificación otorgada al hecho por cuanto el mismo no constituye robo de vehículo dejado en la vía pública. En primer lugar, porque no puede asimilarse la bicicleta a un automóvil, y en segundo término porque la bicicleta no estaba en la vía pública, sino atada a un árbol en la puerta de un club, en el que permanentemente entraban y salían personas y circulaban automóviles, y que contaba con personal de seguridad, de lo que se deduce que si bien estaba en la vía pública, no se encontraba en absoluto en estado de menor protección.

Por lo expuesto, solicitó que se haga lugar al recurso de casación interpuesto.

Hizo expresa reserva del caso federal.

3º) Que en el plazo previsto en el artículo 466 del Código Procesal Penal de la Nación, se presentó a fojas 288/291vta., la Defensora Pública Oficial, ante esta Cámara, Mariana Grasso quien amplió los fundamentos de su antecesor; por su parte, el Fiscal General Ricardo Gustavo Wechsler, solicitó el rechazo del remedio intentado -fojas 293/295-.

4º) Celebrada la audiencia prevista en el artículo 468 del código de forma, según constancia actuarial de fojas 368 el expediente quedó en condiciones de ser resuelto.

## **-II-**

1º) Que habré de analizar la sentencia, con ajuste a la doctrina emanada del fallo C.1757.XL "Casal, Matías

Eugenio y otros s/robo simple en grado de tentativa causa n° 1681" (CSJN 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".

Cabe aquí también recordar que es en la audiencia de debate donde "...se producirán los elementos convictivos que habrán de impactar las conciencias de los integrantes del tribunal, a efectos de que emitan finalmente, un juicio de desvinculación o reproche del acusado" (cfr. Miguel Ángel Inchausti y Luis María Desimone, El plenario oral en el nuevo proceso penal, pág. 105, Ed. De Palma, Bs. As., 1995). Así pues, las vivencias que ellos adquieran, derivadas de su inmediación con la prueba, no pueden ser reemplazadas siquiera contando un registro íntegro del juicio o algún otro método de reproducción moderno, siendo que, por otra parte, la revisión casatoria, supone el control de razonabilidad de la sentencia del tribunal y no que se practique un nuevo debate (cfr. Sala III, causa n° 5696 "Sibio, Diego Gastón y otros s/rec. de casación" reg. n° 367/06 del 28/4/06).

En ese sentido, in re "Buratto" se sostuvo que como afirma Maier "(l)a forma de la inmediación es respetar el enfrentamiento de intereses que se produce en un juicio (...). La ley legitima a ciertas personas (...) que comparecen al juicio, a expresar cada una su verdad, y contraponerla entre ellas en forma dialéctica (...) Los jueces que presencian este debate (...) entre acusador y acusado, son los únicos que pueden decidir; los jueces físicamente, las personas que integran el tribunal, y que han escuchado todos y cada uno de los actos del debate, son los únicos que pueden dictar la decisión, ningún otro" (Las notas

esenciales de la oralidad en materia penal en AA.VV. "Congreso Internacional de oralidad en materia penal" Colegio de Abogados del Departamento Judicial La Plata, 1996, p. 121). Ello, conforme los alcances la previsión constitucional del artículo 75 inc. 22 de la CN, artículos 11 DUDH, 8.1 y 8.2.5 C.A.D.H., 14.1 P.I.D.C.P. y reglas 25, 27 y 29 de las Reglas de Mallorca" (Sala III, causa n° 5004 "Buratto, Horacio s/rec. de casación", reg. n° 776/04 del 7/12/04).

Por ello, los límites entre lo que es controlable y lo que no lo es, se determinarán por las posibilidades procesales de que se disponga en cada caso particular, las que excluyen todo aquello que la Casación no pueda acceder por depender de la percepción sensorial de la prueba en el juicio oral, pues se encuentran íntimamente relacionadas con la inmediación (cfr. Bacigalupo, Enrique "Presunción de inocencia in dubio pro reo y recurso de casación" en La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios, Ed. Ad Hoc., págs. 13, 32/33 y 44).

Partiendo del marco dogmático jurídico establecido en "Casal" y teniendo especialmente en consideración el límite que tiene la casación sobre aquéllas cuestiones observadas por el tribunal de mérito durante el debate - principio de inmediación-, habré de revisar el razonamiento seguido por los jueces, para dilucidar si las conclusiones a las que arribaron se desprenden lógicamente y necesariamente de las premisas de las que parten.

**2º)** Que previo a ingresar al tratamiento de los agravios planteados por la defensa de Benítez Alvarez, conviene recordar el hecho que viene cuestionado y por el cual fuera condenado el nombrado. En tal sentido, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 12 de esta ciudad, tuvo por probado que, "el día 22 de marzo de 2011, siendo aproximadamente las 20:10hs., Carlos Aníbal BENÍTEZ ALVAREZ intentó apoderarse ilegítimamente mediante el uso de la fuerza de una bicicleta marca "MGM" mountain bike, color rojo y negra propiedad de Ricardo Martín DONAIRE, que estaba estacionada en la Av. Medrano frente a la altura catastral 518, de esta ciudad. En esa ocasión y a los fines de lograr su cometido, el imputado

BENÍTEZ ALVAREZ, mediante la utilización de un trozo de caño ejerció palanca sobre la traba de la bicicleta que se encontraba atada a un árbol. Dicha circunstancia fue advertida por el cabo Favio BURGOS y el suboficial escribiente Horacio CARETTA de la Cría. 9° de la Policía Federal Argentina, quienes lo detuvieron y secuestraron los elementos en cuestión, en presencia de los testigos llamados a tales efectos".

3°) Que habré de analizar en primer término, la supuesta arbitrariedad que exhibiría la sentencia en la valoración de la prueba.

Que como puede leerse de los fundamentos del fallo en cuestión, el a quo tuvo por acreditada la participación de Benítez Alvarez en el mencionado suceso delictivo principalmente en base a las declaraciones del Suboficial Horacio Caretta, del cabo Favio Burgos, y del damnificado Ricardo Martín Donaire.

Que analizadas las mismas, concluyeron que: **a)** "los elementos de prueba reunidos resultan categóricos a la hora de tener por acreditada la materialidad del hecho, por cuanto además de las concordantes y coherentes versiones vertidas por los preventores, se cuenta con el testimonio de DONAIRE que las apoya y robustece en todos sus extremos, con las actas de detención y secuestro y los informes técnicos y estudios médicos incorporados por lectura al debate con la conformidad de las partes". **b)** que, "la autoría de BENÍTEZ ALVAREZ también se encuentra categóricamente comprobada. En efecto, cabe destacar que tanto el Suboficial Horacio CARETTA, como el Cabo Favio BURGOS aseguraron que desde el momento en que advirtieron al imputado forzando el seguro de la bicicleta hasta que descendieron del rodado en el que se trasladaban, no lo perdieron de vista", **c)** y respecto a la calificación legal otorgada al hecho, señalaron que "se trata de un robo de vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa previsto en los artículos 167 inc. 4° en función del art. 163 inc. 6° del Código Penal. En cuanto al grado de desarrollo, lo consideramos reducido a la mera tentativa en

los términos del artículo 42 del Código Penal, pues, repasando las etapas del "iter criminis", el hecho superó la ideación, la preparación, tuvo su comienzo de ejecución pero no se consumó por circunstancias ajenas a la voluntad del justiciable: la intervención de personal policial que frustró su perpetración. Al haber quedado el rodado sobre la vereda de la Av. Medrano, no puede discutirse que, conforme lo exige la norma de referencia, se encontraba en la vía pública en el momento del apoderamiento intentado. Cabe ahora referirnos al planteo que ha efectuado el Sr. Defensor Oficial en cuanto a que la bicicleta no debe ser considerada un vehículo y que no se encuentra incluida por la ley 24.721."

**-III-**

Fijado cuanto antecede, y examinada la sentencia puesta en crisis, advierto que la plataforma fáctica fue recreada por el tribunal de juicio en base a los testimonios recabados durante la instrucción y producidos durante el debate, principalmente los testigos Caretta, Burgos y el damnificado Ricardo Martín Donaire.

En tal sentido cabe señalar que, contrariamente a lo afirmado por la defensa, la sentencia no exhibe una valoración fragmentaria de los elementos de juicio -indicios y presunciones- recolectados durante la investigación; ni tampoco ha incurrido en omisiones y falencias, que determinen su descalificación como acto judicial válido (arts. 123 y 404 inciso 2º del CPPN).

Los magistrados intervinientes brindaron a mi juicio, un ajustado tratamiento a una cuestión de vital importancia, cual es la de despejar adecuadamente la participación del imputado en el suceso.

La tacha de arbitrariedad alegada por el recurrente no es valedera pues entiendo que, el decisorio no ha interpretado caprichosamente la prueba producida en el debate, en especial las declaraciones del Suboficial Horacio Caretta y del cabo Favio Burgos, sino que tal como se extrae de los fundamentos del fallo, el a quo ha otorgado a los testimonios brindados por los preventores, la fuerza convictiva necesaria para arribar a un juicio de certeza

acerca de la responsabilidad que le cupo en el hecho al imputado.

Respecto a la posible contradicción que habría entre ambos testimonios sugerida por la defensa, el a quo señaló que "si bien ambos interventores no pudieron aclarar con precisión las circunstancias en que advirtieron al imputado realizar su despliegue delictual -en cuanto a si fueron detenidos previamente por el semáforo y luego lo vieron, o si se detuvieron al observarlo ejercer palanca sobre la traba de seguridad de la bicicleta -lo cierto es que este no es un dato de mayor importancia, pues el hecho involucra a una sola persona que nunca fue perdida de vista".

Que como se lee del párrafo transcrito, el cuestionamiento planteado por la parte, fue correctamente contestado en la sentencia, sumado a que tales testimonios fueron ponderados en forma integral con el plexo probatorio acumulado en la causa y confrontado. En particular con los dichos de la víctima, Ricardo Gustavo Donaire, quien relató que el día del hecho se dirigió en bicicleta al Club Almagro, dejando el vehículo de referencia sujeto a un árbol mediante la utilización de una traba de seguridad.

Asimismo que tiempo más tarde, escuchó que alguien preguntó por el dueño de una bicicleta que estaba en la puerta porque la habían querido sustraer y que al suponer que era el rodado de su propiedad, se dirigió a la vereda y pudo observar a dos efectivos policiales, quienes le informaron que la habían querido robar utilizando una barreta para forzar el candado, y que al acercarse advirtió que la traba de seguridad con la que había sujetado estaba violentada -fojas 261vta./262-.

Se advierte, que las declaraciones resultan concordantes y contestes, y que tal prueba aunada al secuestro de la barreta y de la traba de seguridad forzada en presencia de testigos habilitados al efecto -fojas 5/6-, no dejan margen de duda de la participación de Benítez Alvarez en el hecho, quien fue sorprendido al intentar desapoderarse de la bicicleta propiedad de Donaire, y quien nunca fue

perdido de vista por el personal policial quienes advirtieron tal situación desde el móvil policial.

Desde otro ángulo los sentenciantes descartaron la versión desincriminante brindada por Benítez Alvarez, por resultar poco creíble y hallarse desvirtuada por las constancias existentes en el expediente y la prueba de cargo reunida durante el debate, por lo tanto, entiendo que la sentencia se encuentra debidamente fundada en los términos de los artículos 123 y 404 inc. 2º del código de forma.

#### **-IV-**

Que despejado el anterior cuestionamiento, habré de ceñirme a analizar el encuadre jurídico del hecho.

Al respecto, la defensa pretende el cambio de calificación otorgado, por entender que la bicicleta no puede ser considerada "vehículo" y de esta manera el hecho quedaría subsumido en la figura de robo tentado.

Que la cuestión a determinar respecto del alcance del vocablo vehículo utilizado en la ley, y si este término comprende a las bicicletas, no resulta novedosa para esta Cámara, pues en la causa nº 2884 "Vilchez, Carlos Abelardo s/recurso de casación", reg. nº 37/01 del 12/2/01 de la Sala III, se resolvió que *"Un valioso aporte para esclarecer el alcance de las normas, cuando su interpretación se torna polémica, lo son la exposición de motivos que acompañó al Proyecto legislativo o el debate Parlamentario que precede su votación"*.

*"Así, en la exposición de fundamentos de la ley 24.721 que introduce el artículo citado, se sostiene que la ampliación del agravante por hurto o robo abarca no solo a los automotores (como lo establece el artículo 38 del decreto ley) sino también a todo vehículo. Y tal como lo dijera la exposición de motivos de la ley 17.567: 'La preferente protección legal no se fundamenta en la naturaleza misma del objeto, sino en la necesidad impuesta a su propietario de dejarlo en determinadas situaciones que llevan consigo un riesgo'".*

Que, *"En tal sentido, el miembro informante Senador Villarroel al fundamentar la propuesta de sanción de la que*



en definitiva se convertiría en la ley 24.721, que entre otras cosas derogó los arts.33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 del decreto ley 6582/58 e incorporó el actual inciso 6º del art. 163 del Código Penal, materia esta que nos convoca, dijo al respecto: 'Lo cierto es que entre otras virtudes del nuevo régimen penal que se propone -que no es otra cosa que volver al sistema del Código Penal- deben señalarse las siguientes: en primer lugar, con este proyecto se amplía la protección penal, no circunscribiéndola exclusivamente a los vehículos de cuatro ruedas o más. Vale decir a toda clase de vehículos'."

Se agrega que, "Porque entre otras cosas habría que hacer notar que la democracia, que ahora está expresamente mencionada en la Constitución -no como antes, que no decía nada- implica desde el punto de vista de la política criminal que tanto vale o puede valer la propiedad de un automóvil como la de una bicicleta, sobre todo cuando la bicicleta es el único medio de transporte que tiene, por ejemplo, un obrero que debe trasladarse a su lugar de trabajo."

"Digo esto porque no es posible que nuestra política criminal privilegie la propiedad del rico -que en la mayoría de los casos estará asegurada- sobre la propiedad del pobre, como si no fuese eventualmente mucho más dañoso y mucho más odioso -para decirlo en términos propios de la política criminal- el que le roba la bicicleta a un modesto obrero que el que se apodera de un automóvil importado seguramente asegurado por su dueño."

Que, "Como si en definitiva no fuera absurdo -y es uno de los mayores reproches que cabe hacerle a este régimen del decreto-ley de facto de 1958- que se establezcan escalas penales mayores o menores no en función del mayor o menor daño o peligro que impliquen las formas que se usan para el apoderamiento ilegítimo de la cosa y no en función de las situaciones de mayor o menor protección por su propio dueño en que se encuentran las cosas de acuerdo con las circunstancias de su uso -desde el punto de vista penal no es

lo mismo apoderarse de una vaca que se encuentra pastando en el campo que de un animal que se halla en un recinto cerrado, con propiedad acotada- sino establecer la diversidad de escalas penales en orden simplemente a la naturaleza intrínseca de una cosa. Por ejemplo, el caso de un vehículo automotor de cuatro ruedas no resiste la menor crítica desde el punto de vista de la política criminal."

"Así las cosas la norma contenida en el inciso 6° es más amplia y en otro más restringida que las del art. 38 del decreto-ley 6582/58. Lo primero, porque la objetividad material no se limita a automotores sino que comprende vehículos, con lo que quedan abarcados medios de transporte antes excluidos en la protección penal. Lo segundo, porque la agravante funciona nada más que cuando el apoderamiento recae en un vehículo dejado en la vía pública o en lugares de acceso público y no, como antes, en cualquier sitio (Baldo "Algo más sobre el hurto de vehículos", La Ley 132-204)".

Se agregó que, "Asimismo, estas disposiciones habían sido sustituidas por la reforma de 1968 que, en esta parte, conforme a su espíritu, consideró que ningún hurto debía agravarse en consideración al objeto, sino al objeto y una circunstancia más. Esto, porque nuestro Derecho no agravó los hurtos en consideración al valor pecuniario de los mismos. El objeto pasó a ser un "vehículo" y no sólo un automotor. Lo que significa que hurtar una bicicleta a un obrero que va en ella a trabajar debe tener la misma escala que hurtarle una motoneta, una motocicleta o un viejo automóvil. Y debe tener la misma escala porque el objeto desempeña el mismo papel. Cada uno se mueve en lo que puede, y si puede más, en lo que quiere. Y todo merece el mismo respeto (Molinario, Alfredo J. "Los Delitos", Tomo II, pág.252, Ed. Bs. As. 1996)".

"La especial ubicación concreta del rodado - bicicleta- en la vía pública resulta decisiva para la agravación sancionada en la figura del art. 163, inc. 6° del Código Penal, no precisamente por la naturaleza misma del objeto, sino porque la preferente protección legal se fundamenta en la necesidad impuesta a su propietario de

dejarlo en determinadas situaciones que llevan consigo un riesgo, y tal protección se funda en razones agravantes semejantes a las que fundan la agravación del abigeato, dada la necesidad de reforzar la tutela jurídica cuando menor es la tutela de hecho. La susodicha protección se extiende a todo vehículo, aunque no sea motorizado... Porque ellos son vehículos que sirven para el transporte y disponen de un mecanismo que multiplica la fuerza empleada, no siendo necesario empujarlos o arrastrarlos" (Ccrim. Gualaguay, 4a. Circuns. Judicial, Entre Ríos, Mayo 3/1977, Mansilla, Juan R.), en el mismo sentido "Cuesta, Gerardo G., Rta. 26/10/98 C.N.Criminal Sala V." y "González, Asunción H., C2a Criminal Córdoba, mayo 3-1977)".

Por último que, "La agravante del art. 163, inc. 6º del Código Penal, comprende a todos los vehículos que imponen la necesidad de ser dejados en ciertos lugares, entre ellos la bicicleta, porque si bien es cierto que por su tamaño aparece guardable en ciertas ocasiones, no lo es en todos los casos, como en el hecho de autos, en que el propietario la dejó en la vereda para cumplir una diligencia y quedó en situación de desamparo (causa nº 17.557 "Amarilla González, J.", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala III, B.J., Año 1984, Nro. 3, Agosto-Septiembre, pág. 375)".

Que en definitiva, considerando que la voluntad del legislador fue incluir a la bicicleta como vehículo y siendo el tipo de bienes que forzosamente en determinadas ocasiones deben dejarse en la vía pública, acarreando esto una menor protección, y toda vez que la bicicleta de Ricardo Martín Donaire, se encontraba atada a un poste en la Avenida Medrano, considero correcta la calificación otorgada al hecho, por lo que propicio al acuerdo el rechazo del recurso de casación interpuesto por la defensa, con costas.

Tal es mi voto.

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

Que en orden al agravio referido a la arbitrariedad de la sentencia, coincido en lo sustancial con los

fundamentos y la solución propuesta por la colega que lleva la voz.

Solamente me cabe agregar que la hipótesis planteada por la defensa en orden a que la tentativa de robo emprendida por el imputado podría ser inidónea, no guarda sustento en las constancias de la causa. En efecto, la asistencia técnica postula que el personal del club en el que se encontraba el dueño de la bicicleta habría visto la empresa ilícita del encartado y que por ello su conato carecía de toda idoneidad. Sin embargo, tal conjetura no aparece apoyada en elemento alguno, ya que se evidencia del fallo que quienes observaron la maniobra fueron los policías que declararon en el juicio y no existen datos que permitan colegir que aquellos que ejercían la vigilancia del establecimiento se dispusieran a denunciar el intento de desapoderamiento o a impedirlo, sino que -por el contrario- fueron anoticiados por los preventores a fin de que interrogaran acerca de su poseedor.

Por lo demás, en cuanto al planteo referido a que el encartado habría ingerido alcohol con anterioridad al hecho, la defensa no logra argumentar la incidencia que podría haber tenido la presencia de algún grado de alcohol en sangre para poner en duda el relato de los policías en lo referido a la forma en que ocurrió el episodio.

## **-II-**

Que en lo atinente al segundo motivo de censura, referido a la significación típica del hecho calificado como robo agravado en los términos del art. 167 inc. 4º en concordancia con el art. 163 inc. 6º CP, he de disentir con la colega preopinante.

En efecto, llevo dicho que: "la ley se expresa en palabras y éstas nunca son totalmente precisas, aunque es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos y realice el máximo esfuerzo para otorgar la mayor precisión posible a su obra (cfr. Jescheck, Hans Heinrich; Weigend, Thomas, 'Tratado de Derecho Penal. Parte General', 5ta. edic. corregida y ampliada (trad. de Miguel Olmedo Cardenete), Granada, 2002, p. 136; Jakobs, Günther, 'Derecho Penal. Parte

General. Fundamentos y teoría de la imputación' (trad. de J. Cuello Contreras y J. L. Serrano González de Murillo, Madrid, 1995, p. 95 y ss.); Roxin, Claus, 'Derecho Penal. Parte general I', (trad. de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesal, Madrid, 1997, p. 137 y ss.). De allí que no baste que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que la misma debe hacerse en forma estricta y con la mayor precisión técnica posible conforme al principio de máxima taxatividad legal, que se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía *in malam partem*, que se consagra en el texto constitucional (arts. 18 y 19 y, mediante el inc. 22 del art. 75, en los arts. 9 de la CADH y 9 del PIDCP)" (Vid. mi voto en la causa N° 8568, caratulada: "SIBILLA, Alberto J. s/recurso de casación", reg. n° 19.554, rta. 13/12/2011).

Asimismo, he sindicado que: "el principio de interpretación restrictiva también se expresa en un segundo momento que, sin duda, es puramente interpretativo: dentro del alcance semántico de las palabras legales puede haber un sentido más amplio para la criminalización o uno más limitado o restrictivo. Y las dudas interpretativas de esta naturaleza deben ser resueltas en la forma más limitativa de la criminalización. Sólo en casos excepcionales la regla general de la interpretación semánticamente más restrictiva de criminalización cede ante otra más amplia, y esto es cuando el sentido restrictivo provoca una consecuencia ridícula o absurda, que la literal más amplia evita." (Cfr. causa "Sibilla", cit.).

Si bien es cierto que, tal como lo destacan la colega que lleva la voz y el Fiscal General ante esta instancia, la definición del diccionario de la Real Academia Española incluye a la bicicleta como vehículo y el miembro informante que intervino durante el debate legislativo mencionó a la bicicleta como un ejemplo de los elementos que deberían calificar el hurto y el robo, no es menos exacto que su sola alocución no alcanza para determinar la intención del cuerpo legislativo (Morin, Daniel, "¿La bicicleta como

vehículo? Reflexiones sobre el tipo de sustracción de vehículos del inciso 6° del artículo 163 del Código Penal", La Ley, 2001-E-779/789, Buenos Aires).

En tal sentido, no puede dejar de memorarse que el aspecto central que motivó la reforma legislativa se vinculaba con la derogación de la pena desmesurada que correspondía al robo de automotor agravado por el uso de armas (vid. sobre ello Rafecas, Daniel Eduardo "Reforma a los delitos contra la propiedad (ley 24.721): discurso de emergencia, retroceso de la legalidad penal y criminalización de la pobreza", NDP 2003/A, Editores del Puerto, Buenos Aires).

En efecto, de la lectura del debate parlamentario se puede colegir -sin mayor esfuerzo- que evidentemente la expresión "vehículo" se refiere, sin lugar a dudas, a los automóviles. El automotor aparece definitivamente como el supuesto paradigmático tenido en consideración para la integración de la norma y se ubica en el auténtico núcleo del grupo de casos abarcados por el precepto legal; el robo de automóvil es, por tanto, un caso evidente de los previstos en el art. 167 inc. 4° en relación con el art. 163 inc. 6° CP. La bicicleta, en cambio, debe ser calificada como una hipótesis de penumbra a la luz del debate legislativo y de las definiciones corrientes del concepto de "vehículo", más allá de cualquier definición de diccionario, ya que se presenta cuanto menos dudoso que el uso corriente de la palabra "vehículo" abarque siempre a los medios de locomoción que no tengan motor y que posean un bajo valor económico.

La relativa indeterminación del concepto de vehículo ha sido abordada doctrinariamente. Al respecto, supo reflexionar Hart que: "...Aun cuando se usen reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas. Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya 'separadas' las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos. En todos los campos de experiencia, no sólo

en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son claramente aplicables. (Es indudable que un automóvil es un vehículo). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquellas se aplican o no (La palabra 'vehículo' tal como se la usa aquí ¿comprende aeroplanos, bicicletas o patines?)..." (Hart, Herbert L.A., "El concepto de derecho", trad. Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, pp. 157-158).

En la misma dirección Carrió señala que: "El uso vigente de la palabra no nos suministra una guía segura, positiva o negativa, para clasificar los casos dudosos, porque cumplen una función importantísima en los lenguajes naturales y también en el lenguaje del derecho. [...] No cabe duda de que el automóvil es un 'vehículo', pero ¿podemos llamar 'vehículo' a un ascensor? ¿Y a una escalera mecánica?" (Carrió, Genaro, "Notas sobre derecho y lenguaje", 3ra ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 32).

Sobre ello también se ha dicho: "Consideremos una hipotética ordenanza de una ciudad que prohíbe que haya 'vehículos' en un parque. La bicicleta, ¿es un vehículo? Para resolver esta cuestión, un juez que tuviera en cuenta el objetivo buscado por el legislador se preguntaría porqué el concejo municipal sancionó la ordenanza en primer lugar. Si el objeto del concejo fue el de limitar la polución auditiva, entonces 'vehículo' no debería sr interpretado en forma tan amplia que incluya a las bicicletas. En cambio, si el objeto de la ciudad fue aumentar la seguridad de los peatones, entonces 'vehículo' debería ser interpretado en esa forma ampliada" (Jellum, Linda, "Mastering statutory interpretation", Carolina Academic Press, 2008, p. 29, cit. y trad. en Gullco, Hernán V. "Principios de la Parte General del Derecho Penal", Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009, p. 11).

En el caso de la norma bajo examen puede colegirse

que el legislador pretendió incrementar la reacción punitiva para la sustracción de vehículos de específico valor económico que, por sus características, necesariamente deben ser dejados en la vía pública. Se trata de conferir mayor disvalor al apoderamiento ilegítimo cuando un propietario se encuentra en la necesidad de dejar el vehículo en un lugar que entraña mayor riesgo para la conservación de su tenencia. Por tanto, las bicicletas -más allá de su generalizado empleo y aún de su incidencia en el patrimonio de un legítimo tenedor- no parecen entrar en la *ratio legis* que debe tener en cuenta el intérprete al momento de aplicar la norma con ajuste a los principios interpretativos constitucionales (*Vgr. pro homine, pro libertate, ultima ratio*). De tal suerte, de consuno con su relativo valor económico, las bicicletas pueden ser resguardadas con mayor facilidad que los autos y no requieren necesariamente su estacionamiento en la vía pública.

En definitiva, tal es la pauta hermenéutica seguida actualmente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a que: "...el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal" (Fallos: 331:858).

Por lo demás, a más de la mentada relativa indeterminación de la inteligencia de bicicleta en tanto "vehículo" en el modo legal, deviene menester para concluir en la exclusión de este medio del ámbito de la agravación punitiva, la circunstancia de que la aplicación de la cualificante haría aplicable una moldura punitiva absolutamente desmesurada. En efecto, resulta irracional la interpretación que, frente a la ambigüedad que presentan el texto normativo y el debate legislativo en torno al ámbito de protección de la norma, resuelva aplicar el marco penal



agravado -entre 3 y 10 años de prisión- a hipótesis como la *sub examine*. En el contexto de autos, aparece como adecuada la escala contemplada en el tipo penal básico, que en abstracto conlleva la imposición de una pena entre un mes y seis años de prisión, todo ello con la reducción prevista en el art. 44 para los casos de tentativa, debido a que el autor no logró consumar su ilícito propósito.

Por tales motivos, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso y adecuar típicamente el hecho al delito en el art. 164 CP, en grado de conato (art. 42 CP).

**-III-**

Que, asimismo, abierta como se encuentra la instancia, se observa que los judicantes tuvieron en cuenta los antecedentes condenatorios del imputado para agravar la dosimetría punitiva, y sobre ello llevo dicho que: "cualquier agravación de la pena o de sus modalidades de ejecución en función de la declaración de reincidencia del artículo 50 del Código Penal... deben ser consideradas inconstitucionales por su colisión con normas del magno texto (artículo 18) e instrumentos internacionales incorporados a él (artículos 5°, 6° y 29° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 10° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)" (causa n° 14.423 "Rearte, Mauro Germán s/ recurso de casación", reg. N° 19.569, rta. el 21/12/2011, a cuyos argumentos y citas se reenvía en razón de brevedad ).

En tales circunstancias, no puede dejar de consignarse que: "la decisión de la cuestión, tal como fue emitida, carece de fundamento, ya que la mera mención de los antecedentes del imputado, sin la indicación del modo concreto y específico en que podrían ser considerados relevantes en la presente causa, no resulta suficiente -ni mucho menos- para fundar una agravación" (esta sala en la causa n° 11.219 "CASTILLO CARBALLO, Bruno Martín s/ recurso de casación", reg. n° 19.769, rta. el 28/3/2012).

Por lo expuesto, considero que corresponde anular la sentencia en punto a la determinación del *quantum* punitivo y remitir las actuaciones a la Secretaría General de esta

Cámara para que desinsacule otro tribunal con el fin de que determine la sanción correspondiente, de conformidad con la nueva calificación aquí decidida y con las consideraciones de esta sentencia en punto a la inadmisibilidad de utilizar los antecedentes condenatorios como elementos que permitan agravar la reacción punitiva.

Se debe memorar que la solución propuesta resulta favorable a los derechos del imputado, debido a que esa tarea está condicionada a la inmediación previa a la determinación de la pena regulada por el art. 41 in fine C.P. (Cfr. C.S.J.N. in re "Niz, Rosa A.", N.132.XLV, del 15 de junio de 2010), y es por ello que corresponde reenviar las actuaciones para que la medición sea realizada por el tribunal que resulte desinsaculado.

En ese orden, no puede dejar de considerarse que la solución propiciada resulta más favorable al derecho del imputado de recurrir la pena que finalmente establezca el órgano de reenvío (arts. 8.2.h CADH y 14.5 PIDCP), conforme a las pautas sentadas en esta sentencia y luego de un debate sobre los extremos correspondientes.

#### **-IV-**

Que, por último, se observa otro vicio en la sentencia debido a que la declaración de reincidencia no se encuentra suficientemente fundamentada. En efecto, esta sala ha resuelto en diversos precedentes (causa n° 13.599, caratulada: "Bertolini, Gustavo Daniel s/ recurso de casación, reg. n° 19.791, rta. 4/4/12; causa n° 14.640, caratulada: "Llanos González, Arcenio s/ recurso de casación", reg. n° 19.985, rta. 30/5/2012, entre otras), que resulta necesario verificar que el condenado haya cumplido las dos terceras partes "como condenado" para que proceda el instituto de la reincidencia.

Asimismo, la censura constitucional de toda agravación de las consecuencias penales fundada en el hecho de la reincidencia constituye criterio de esta sala (cfr. causa 13.401, caratulada: "Argañaraz, Pablo Ezequiel s/ recurso de casación", reg. n° 19.911, rta. 8/5/2012, y sus citas). De tal suerte, corresponde dejar sin efecto la

declaración de reincidencia.

-V-

Por las razones expuestas propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto, casar parcialmente el punto I de la sentencia recurrida y condenar a Carlos Esteban Benítez Álvarez por ser autor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa (arts. 42 y 164 CP), dejar sin efecto la declaración de reincidencia; apartar al Tribunal Oral en lo Criminal nº 12 de esta ciudad y remitir la causa a la Secretaría General de esta Cámara para que desinsacule un nuevo tribunal con el fin de que fije una nueva pena, de conformidad con lo aquí decidido.

Así doy mi voto.

La señora juez **Angela E. Ledesma** dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el doctor Slokar y sólo he de efectuar algunas consideraciones en coincidencia con el colega que me antecede en la votación.

En primer lugar, respecto a la consideración de la bicicleta como vehículo, para agravar el robo, tal como lo expuse en la causa n 12.473 caratulada "OLIVA TAPIA, Luis Omar s/recurso de casación, rta. 10/9/10, registro 1385/10, Sala III no resulta procedente pues constituye una vulneración a los principios constitucionales que rigen la materia.

Como es sabido, el principio de legalidad sustantivo (*nullum crimen sine lege*) es una garantía en favor del acusado que determina la necesidad de una ley expresa y estricta (mandato de determinación) que posibilite la diferenciación de las distintas conductas contenidas en la ley penal (cfr., al respecto, entre otros, Schünemann, Bernd: *Nulla poena sine lege?*, Walter de Gruyter, Berlín/New York, 1978, p.4 y ss.; Roxin, Claus: *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3º edición Beck, München, 1997, p. 98 y Mir Puig, Santiago: *Derecho Penal, parte general*, 5º edición, Reppertor, Barcelona, 2000, p.78).

De esta manera se receptan tanto, el axioma de mera

legalidad que exige una ley como condición necesaria de la pena y del delito, como "(...) el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (...) la simple legalidad de la forma y de la fuente es la condición de la vigencia o de la existencia de las normas que prevén penas y delitos, cualquiera sean sus contenidos; la estricta legalidad o taxatividad de los contenidos, tal y como resulta de su conformidad con las demás garantías, por hipótesis de rango constitucional, es en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes" (Ferrajoli, Luigi: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez et al, Editorial Trotta, Madrid, 1995, p. 95)

De lo expuesto, se puede concluir que constituye, entonces, una garantía constitucional de primer grado. Ello así, en razón de que, desde esa perspectiva, se puede concluir en que se trata de la legitimación de la intervención de los derechos de los ciudadanos (Bacigalupo, Enrique: *Principios constitucionales del derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 48).

Es así que, cualquier interpretación que se pretenda de una norma penal debe ser la más fiel y estricta del texto legal pues, como señala Christian Jäger, "(c)uando el resultado de una interpretación conlleva exceder el posible sentido del texto de la ley en perjuicio del autor, entonces podemos considerar que ha traspasado la frontera de la interpretación permitida y se ubica en los terrenos de la analogía prohibida" (*Problemas fundamentales del derecho penal*, traducido por Enrique Díaz-Aranda en "Problemas fundamentales de derecho penal y procesal penal" Fabián Di Placido Editor, Buenos Aires, 2003, p. 34).

Además, tampoco debe perderse de vista que, especialmente en materia penal, tiene una importancia relevante el principio *pro homine*. Éste ha sido conceptualizado como "(...) un criterio hermenéutico (...) en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la

interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones (...)" (Pinto, Mónica: *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos en AAVV* "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales", Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 163).

Es que si nos atenemos a una interpretación meramente gramatical del término "vehículo" (medio de transporte de personas o cosas -conf. [www.rae.es](http://www.rae.es)-), o extensiva, nos llevaría al absurdo de incluir dentro de la norma, determinados bienes como por ejemplo patinetas, rollers, monopatín, carros de supermercado, coches para llevar bebés, o en fin, cualquier otro adminículo que sirva a tales fines, cuya sustracción quedaría conminada con penas que van desde los tres años, hasta los diez años de prisión (art. 167 inc. 4º en función del 163 inc. 6º, ambos del Código Penal).

Una exégesis de tal naturaleza, genera un significativo desequilibrio entre los bienes jurídicos involucrados, provocando una lesión desmesurada a los derechos del justiciable, ante el escaso perjuicio económico que su accionar pueda haber ocasionado; todo ello, gracias a la inobservancia del resto de los postulados que deben primar, a la hora de desempeñar dicha labor interpretativa.

Daniel Morín, analiza el tema que nos ocupa, y con cita de Bacigalupo, precisa que en aquéllos supuestos en los que no concurre un mejor fundamento lógico o hermenéutico, para determinar cuál de todas las interpretaciones posibles de un texto es la correcta, se debe "*trasladar el in dubio pro reo al campo de la interpretación del derecho reformulándolo como principio in dubio pro libertate de acuerdo con el cual la decisión en favor de una u otra interpretación debe resolverse "en función de criterios de otro nivel...ese nivel es el institucional: estamos ante un conflicto entre más o menos libertad. Nuestra decisión se apoyará en una razón institucional derivada de la jerarquía*

*de la libertad...No es el 'sentido posible del texto' lo que dará el límite de la interpretación, sino el 'sentido más restringido del texto'."*

Considera el autor que, siguiendo tal criterio, se impone "la exclusión de la bicicleta como objeto de la norma." (Daniel E. Morín, "¿La bicicleta como vehículo? Reflexiones sobre el tipo de sustracción de vehículos del inciso 6° del artículo 163 del Código Penal", publicado en La Ley 2001-E-788).

También se ha expedido sobre el tema Elizabeth A. Marum, aseverando que "La bicicleta no se encuentra incluida en el término "vehículo" del art. 163, inc. 6° del Cód. Penal. La ambigüedad del término "vehículo" puede conllevar a que existan dudas sobre los bienes que quedarían abarcados, debiendo los magistrados actuantes delimitar los alcances del vocablo, puesto que se correría el riesgo de caer en absurdos.", y que "De los antecedentes parlamentarios de la ley 24.721, en ningún momento se detalla qué bienes serían considerados vehículos. Por ello, queda en poder de los magistrados interpretar qué alcance se le dará a dicho término, teniendo siempre como límite lo establecido en el art. 18 de la Const. Nacional, específicamente, el principio de legalidad y la prohibición de la analogía en el derecho penal.".

Agrega que "En un Estado liberal de Derecho corresponde que el magistrado efectúe siempre la interpretación restrictiva del término, en función del principio *in dubio pro libertate*." (Elizabeth A. Marum, "Artículo 163, Hurto calificado", en "Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni -dirección-, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pág. 154).

En esta línea de pensamiento, se ha pronunciado la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, en la causa n° 28.721, "Perez, Damián", de fecha 24 de febrero de 2006, enfatizando que "Penalizar de igual modo la sustracción de un automóvil que una bicicleta por entender que ambos revisten la categoría de

vehículos llevaría al ridículo de incluir en esa categoría a la patineta y aún a los rollers, ya que poseen en común la calidad de ser medios de transporte que se accionan mediante la fuerza del individuo y carecen de motor o fuerza ajena que los propulse.".

Nos termina de esclarecer el panorama, para una correcta resolución de la cuestión, algunos conceptos formulados por Zaffaroni, al decir que "la deducción de la norma y del objeto de "tutela" no son más que un instrumento de la limitación mínimamente racional del que debe valerse la agencia judicial para restringir la arbitrariedad selectiva del sistema penal, en cumplimiento de su función racional y ético-política de contradicción dentro del ejercicio de poder del sistema penal.".

Añade el autor que "Basta consultar cualquier legislación penal para percatarse, sin mucho esfuerzo, de las contradicciones, lagunas, defectos semánticos, relaciones insensatas de medio a fin, disposiciones que no han sido derogadas, pero que habiendo cambiado el contexto social cobran un sentido inimaginable al momento de su sanción, etc., que surgen como resultado de la producción desordenada de leyes penales que cada día se agudiza en razón de la improvisación con que las agencias legislativas responden a la manipulación de opinión instrumentada por el aparato de propaganda del sistema penal."

Sostiene asimismo, que "como imperativo jushumanista y constitucional...", la "consideración de la norma conglobada en el conjunto normativo y la interpretación se éste en forma restrictiva y coherente, no es más que el resultado de este mandato limitador, que es la razón de ser de la agencia judicial y del poder de los juristas en el sistema penal." (Eugenio Raúl Zaffaroni, "En busca de las penas perdidas", Ediar, Buenos Aires, 2005, pág. 263/264).

En síntesis, entiendo que la adecuada hermenéutica de la norma observada, teniendo en mira el conjunto armónico de los principios rectores que ordenan la materia en trato, es aquella que excluye la "bicicleta", como objeto de

protección del dispositivo legal estudiado.

En segundo lugar, también coincido con la propuesta efectuada respecto a la nulidad de la pena impuesta, pues al momento de mensurar la misma el tribunal tuvo en cuenta los antecedentes penales y 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, no pueden valorarse la existencia o carencia de los mismos como pauta mensurativa de los arts. 40 y 41 del CP; argumentos a los que me remito en honor a la brevedad.

Por último, entiendo al igual que el doctor Slokar que debe dejarse sin efecto la declaración de reincidencia pues conforme lo sostuve en las causas nro. 5843 "Hernández Almada José Washington s/ recurso de inconstitucionalidad", resuelta el 19 de octubre de 2005, reg. 872/05 y nro. 8196 "Yamamoto, Carlos Alberto s/recurso de casación", resuelta el 26 de noviembre de 2007, reg. 1635/07, a los que me remito en honor a la brevedad, el tribunal debió explicar si el imputado cumplió las dos terceras partes como condenado, en los términos del art. 50 del CP.

Tal es mi voto.

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

**HACER LUGAR PARCIALMENTE**, al recurso de casación interpuesto por la defensa, **CASAR PARCIALMENTE** el punto dispositivo I de la sentencia y en consecuencia **CONDENAR** a Carlos Esteban Benítez Alvarez, por ser autor penalmente responsable del delito de robo en grado de tentativa (arts. 42, 44, 45, 164 CP), y **DEJAR SIN EFECTO** la declaración de **REINCIDENCIA** dispuesta en el punto dispositivo II.

En consecuencia, **APARTAR** al Tribunal Oral en lo Criminal nº 12 de esta ciudad, y **REMITIR** las actuaciones a la Secretaría General de esta Cámara, a fin de que desinsacule un nuevo tribunal, que deberá fijar una nueva pena de conformidad con lo aquí decidido. **SIN COSTAS**. (arts. 173, 456 inc. 1º, 470, 530 y concordantes del CPPN).

Regístrese, comuníquese y cúmplase con la remisión ordenada, sirviendo la presente de atenta nota de envío.



Firmado: Dres. Alejandro W. Slokar; Ángela E. Ledesma y Ana  
María Figueroa. Ante mí: Dra. María Jimena Monsalve  
(Secretaría de Cámara).-----