



Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

Reg. n° 513/2016

///n la ciudad de Buenos Aires, a los 11 días del mes de julio de 2016, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis Fernando Niño, Daniel Morin y Eugenio C. Sarrabayrouse, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 15/24 en esta **causa n° CCC 13911/2013/TO1/3/RH1**, caratulada **"BAUTISTA, Sebastián s/ recurso de queja"**, de la que **RESULTA:**

I. El 19 de febrero de 2015 los integrantes del Tribunal Oral en lo Criminal n° 25 de esta Capital Federal, en el marco del procedimiento regido por los arts. 431 y ss. del digesto ritual, condenaron –por mayoría– a Sebastián Bautista a la pena de cinco años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (hecho I) en concurso real con portación de arma de guerra sin la debida autorización legal (hecho II) (arts. 12, 29 inc. 3°, 42, 45, 50, 55, 166 inc. 2° párrafo 2° y 189 bis inc. 2° párrafo 4° del Código Penal).

Asimismo, en ese pronunciamiento se lo declaró reincidente en los términos del art. 50 del Código Penal.

II. Contra esa resolución la defensa interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad (fs. 15/24), que fue rechazado por el *a quo* el 27 de abril del mismo año (fs. 26/30).

Luego, se presentó ante esta Cámara un recurso de queja contra el aludido pronunciamiento (fs. 33/53).

III. Se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuyos integrantes –por mayoría– decidieron hacer lugar





Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

parcialmente a la queja, y en consecuencia, conceder parcialmente los recursos de casación e inconstitucionalidad de fs. 33/53vta.

IV. Posteriormente, se celebró la audiencia prevista por el art. 454 del código de forma, a la que compareció el señor defensor Mariano Patricio Maciel, de lo que se dejó constancia en el expediente (fs. 97).

En esa oportunidad, el mencionado letrado sostuvo –en todos sus términos– el recurso presentado.

V. Efectuada la deliberación y conforme a lo allí decidido, el tribunal resolvió del siguiente modo.

Y CONSIDERANDO:

El juez Luis Niño dijo:

Sobre el juicio de admisibilidad:

La parte recurrente articuló, en total, tres impugnaciones a la sentencia dictada por el *a quo*. Ellas fueron: **a)** las referidas a la falta de fundamentación respecto de los parámetros tenidos en cuenta al momento de aplicar el art. 50, CP y a la inconstitucionalidad de este instituto; **b)** respecto del erróneo estudio que habría realizado la mayoría de los votantes en lo que concierne a la aplicación de los arts. 40 y 41 del digesto sustantivo, acompañado de la supuesta arbitrariedad de los sentenciantes al determinar el *quantum* de la pena impuesta; y **c)** al yerro en que habrían incurrido los jueces al encuadrar jurídico penalmente la conducta reprochada a Bautista. Vale aclarar que, en lo que importa a este último agravio, la defensa alegó que el hecho probado constituiría, únicamente, el delito de robo con armas en grado de tentativa ya que debe tenerse en cuenta que la portación del arma de fuego –por tratarse de un delito de peligro– queda superada y subsumida en la figura del robo, debiéndose reducir, consecuentemente, la pena impuesta al epigrafiado.





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

Antes de avanzar en el examen de la cuestión, habré de mencionar que comparto el criterio adoptado por la mayoría de la Sala de Turno al hacer lugar, parcialmente, a la queja y, consecuentemente, conceder –también de modo acotado–, los recursos de casación e inconstitucionalidad presentados por la defensa contra la sentencia condenatoria (fs. 33/53); no sin antes poner de relieve que, más allá de los términos en los que fue consignada la parte resolutive, de una lectura integral de los votos suscritos por los jueces Garrigós de Rébora y Bruzzone surge que la aprobación del remedio procesal de la defensa se llevó a cabo en todos sus términos y no, tal y como se señaló finalmente, de manera parcializada. Sobre esta plataforma –aclaro–, es que de habré de abocarme al análisis de las cuestiones introducidas por el recurrente.

En lo que atañe al primer agravio, cifrado en la errónea aplicación de la ley sustantiva y al pedido de inconstitucionalidad de los arts. 14 y 50 del Código Penal, voto por abrir el recurso de casación sólo en lo que concierne al estudio del criterio adoptado por el tribunal en la fijación de las pautas necesarias para declarar reincidente al condenado, pues –sin perjuicio de la postura que asumí al fallar en el precedente “Obredor”¹ de esta Cámara–, lo innegable es que la extemporaneidad de la cuestión planteada en los términos del art. 474 del digesto ritual determina la improcedencia de la vía de impugnación ensayada, en tanto luce acertado afirmar que *“la cuestión federal debe ser planteada inequívocamente, de modo que requiera el conocimiento de los jueces de la causa a su respecto”* (“El recurso extraordinario” Esteban Imaz / Ricardo E. Rey; Revista de Jurisprudencia Argentina S.A., Bs. As. 1943, página 211); criterio de análisis, huelga aclarar, que en reiteradas oportunidades adopté frente

¹ Causa n° 25833/2014 (Reg. n° 312/2015, rta. 4.8.15)





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

a planteos de igual naturaleza². En definitiva, corresponde admitir parcialmente el recurso en lo que interesa a la declaración de reincidencia del encausado.

Con relación al segundo agravio articulado, el que tiene por objeto la reducción en dos meses del tiempo de la condena impuesta y, supletoriamente, la nulidad parcial del monto de pena acordado por la mayoría del tribunal de juicio, propongo al acuerdo declarar admisible el planteo.

En efecto, en oportunidad de cumplir funciones como integrante de la Sala de Admisibilidad fallé en un caso de aristas similares al presente³, en el marco de una sentencia –también– arribada mediante un acuerdo de juicio abreviado. Sólo se cuestionaba allí –por considerarla arbitraria– la mensuración de la pena, oportunidad en la que determiné –adhiriendo al voto del juez García– que el remedio procesal intentado sobre la discusión de tales parámetros debía superar esta primera barrera de análisis, para así poder avanzar sobre el fondo del asunto.

Concretamente, allí se consideró que *“(e)n sustancia, la aceptación de la vía abreviada implica por parte del imputado una renuncia a la práctica de actividad probatoria en una audiencia pública y contradictoria (art. 363 C.P.P.N.), la aceptación de que la sentencia se funde en los elementos de prueba recogidos durante la instrucción, y la renuncia a alegar y discutir la admisibilidad y validez de esos elementos de prueba. No implica, sin embargo la renuncia a obtener la revisión de la sentencia en cuanto a las exigencias de fundamentación y demás requisitos formales de validez (arts. 399 y 404 y 456, inc. 2, C.P.P.N.), ni a discutir el derecho aplicado (art. 456, inc. 1, C.P.P.N.), ni a discutir la magnitud de la*

² Reg. n° S.T. 13/2015, n° S.T. 29/2015, n° S.T.59/2015, n° S.T. 62/2015, n° S.T. 74/2015 y n° S.T. 83/2015.

³ Causa n° S.T. 51.314/2014 “José Alberto Choque”(rta. 20.3.15, reg. 23/2015).





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

pena impuesta o la infracción al art. 3 C.P.P.N. (confr. en ese mismo sentido la reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa número A. 941, Libro XLV, “Aráoz, Héctor José s/ causa n° 10410”, rta. 17 de mayo de 2011)”. En función de estos lineamientos, conforme a las prescripciones emanadas del art. 14.5, PIDCyP –que garantizan al condenado un derecho a revisar tanto la condena como la pena– y a la condición de que ese examen se concrete con el alcance sentado por la Corte Suprema en Fallos: 328:3399 (“Casal, Matías Eduardo s/ recurso de casación”), se arribó a la conclusión de que no podía sostenerse que los imputados hubiesen renunciado a obtener una sentencia fundada sobre la determinación de la pena.

Por añadidura, vale destacar, dejé en evidencia –una vez más–, mi postura acerca de la inconstitucionalidad del procedimiento introducido mediante la ley 24.825, criterio que he sostenido –con mínimas modificaciones– desde mi voto disidente en la causa “Waszyliszyn, M. A.” del Tribunal Oral en lo Criminal N° 20, resuelta el 29 de setiembre de 1997, hasta la fecha. Esa convicción me guió, al igual que en el aquí y ahora, a dar cabida a la vía de impugnación ensayada, toda vez que, además de habérsela interpuesto en tiempo y forma (art. 477, CPPN), representa –a la postre– el ataque a una sentencia condenatoria que configura la culminación de aquel objetable procedimiento alternativo.

Finalmente, en lo que respecta al tercer motivo de agravio presentado por el quejoso en el marco de la audiencia que rige el art. 468 del ordenamiento ritual –el que tuvo por propósito que se deje de lado la figura legal de portación de arma de fuego–, también considero que su discusión por esta Sala debe ser admitida, en tanto y en cuanto discute cuál debería ser la correcta aplicación del derecho al





Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

caso y cumple con las restantes cuestiones formales que hacen a su presentación.

Es oportuno indicar sobre este último aspecto del recurso que, sin perjuicio de que el aludido agravio fue introducido con posterioridad a las prescripciones del art. 463, CPPN, no encuentro reparos para dejar de abordar su tratamiento. Ello, por cuanto la admisión o el rechazo de la posibilidad de introducir nuevos planteos, ya sea en el término que reglamenta el art. 466 o en el que regula el 468 del digesto ritual implica, en definitiva, admitir o denegar la eventualidad de aportar novedosos argumentos para defender la solución que a la parte interesa. Pues, si bien es cierto que la presentación de agravios distintos en el aludido lapso es contraria a la letra del art. 463 *in fine* del digesto ritual, entiendo que el planteo que intenta discutir el concurso de leyes aplicable al caso debe ser de recibo a partir de los lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Casal" (Fallos: 328:3399), hito jurisprudencial a partir del cual han menguado las formalidades y exigencias pétreas que regulan el exceso al recurso del imputado, en función de brindar plena operatividad a los arts. 8.2. h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En esa línea de pensamiento, tal relativización apuntalada en el principio de defensa efectiva, encontró fiel reflejo en la causa n° 10.511 de la Sala I de la CFCP, rta. el 25/11/09, caratulada "Pereyra, C.L.", oportunidad en la que se consignó que *"los imputados han confiado su asistencia letrada al Estado...y abierta como está la jurisdicción, al justiciable se le debe asegurar por un lado que la defensa oficial en el ejercicio que le ha sido confiado haya podido exponer todos aquellos argumentos que estime útiles...de manera que el veredicto sea consecuencia de lo alegado y probado en la causa,*





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

privilegiando el valor justicia sobre los eventuales óbices procedimentales de rango infraconstitucional” (Navarro, Guillermo Rafael Daray, Roberto Raúl, “Código Procesal Penal de la Nación. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, t. 3, Hammurabi, 5° ed., Buenos Aires, 2013, p. 424). Criterio que, a su vez, fue avalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en casos similares, remitiéndose al precedente “Casal” (Fallos 328:3399) –cfr. “Catrilaf, Ricardo O Fernández, Luis Miguel s/ causa 6799”, c.2979.XLII, del 26/6/2007; “Concha, Alejandro Daniel s/ rec. de casación”, c.1240.XLIII, del 20/8/2008; y “Rodríguez, Héctor Gabriel s/ causa 8293”, R.764.XLIV, rta. el 9/3/2010–.

Por estas razones, reitero, la cuestión relativa a la calificación legal asignada al hecho, adoptada por el tribunal de juicio, merece ser tratada.

En estos términos considero que el recurso de queja articulado por la defensa de Sebastián Bautista debe ser admitido, con la salvedad indicada en el tercer párrafo de este apartado, en tanto la cuestión federal fue interpuesta por la defensa en clara violación del art. 474 del Código Procesal Penal de la Nación.

Tratamiento de los agravios:

I. Tal y como se consignó en el epígrafe, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 25, valiéndose de la censurable mecánica que regula la ley 24.825, condenó a Sebastián Bautista a la pena de cinco años y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y costas por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (hecho I) en concurso real con portación de arma de guerra sin la debida autorización legal (hecho II).

Para así resolver, se tuvo por acreditado que *“el día 3 de abril del año 2013, siendo aproximadamente las 18.00 horas, el imputado*





Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

intentó apoderarse ilegítimamente de un motovehículo marca 'Motomel', modelo 'Skua' dominio 746-HYT y un morral que contenía en su interior una billetera color marrón y una color negro, la suma de \$117, una licencia de conducir nro. 362600588, una cédula de propiedad del rodado mencionado y un celular Motorola 'Defy', todo ello propiedad de Alan Demián Benadia.

Para ello, en el día indicado, mientras el damnificado Benadia se encontraba subido a su motovehículo, estacionado en la colectora Dellepiane y su intersección con la calle Cafayate de esta ciudad, fue abordado por la espalda por Bautista y otra persona no identificada.

El aquí imputado le exhibió una pistola marca 'Bersa' modelo 'Thunder' calibre .380 y le exigió la entrega de sus pertenencias; y así logro desapoderarlo de los elementos arriba detallados para luego darse a la fuga con su consorte a bordo del rodado propiedad del damnificado, por la colectora Dellepiane.

El damnificado pudo perseguirlos hasta que doblaron por la calle Riestra, alcanzando incluso a arrojarles una piedra que impactó en el cuerpo de Bautista.

Una vez que los perdió de vista, Benadia dio aviso de lo sucedido a personal policial que se encontraba de facción en la intersección de Somellera y Murguiondo, quien a su vez irradió el alerta policial.

Así las cosas, el Sargento Malvasi y el Agente Maximiliano Romero, comenzaron a recorrer las inmediaciones, pudiendo observar que por la calle Riestra en dirección a Larrazabal se desplazaban los sujetos descriptos a bordo del motovehículo sustraído; por lo cual y a fin de lograr que se detengan procedieron a realizar señales sonoras y lumínicas, pero en lugar de ello los sujetos aceleraron y zigzaguearon para darse a la fuga.





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

Mientras continuaban la persecución solicitaron apoyo a través del comando radioeléctrico, y así los Agentes Segovia y Paz, se colocaron en posición cerrojo a fin de obstaculizar el paso por dicho lugar.

Cuando los sujetos se toparon de frente con el personal policial, el consorte de Bautista, que conducía el vehículo, intentó frenar, y al hacerlo el aquí imputado cayó al suelo, logrando el sujeto no individualizado darse a la fuga.

En esos momentos Bautista extrajo un arma de su cintura y se dio a la fuga a pie por el pasaje Calou en dirección a Larrazabal, encontrándose de frente con el móvil policial nro. 1248, ante lo cual apuntó su arma hacia el personal policial, quienes para disuadirlo efectuaron un disparo cada uno al piso.

Ante ello, Bautista arrojó el arma a la vereda y continuó su fuga arrojando también el morral del damnificado.

Finalmente a 100 metros de ese lugar, en Larrazabal y Batlle Ordoñez, se logró la detención de Bautista y se secuestró en su poder un teléfono celular marca Samsung, uno marca Motorola Nextel y una billetera negra conteniendo en su interior la suma de pesos \$117 y U\$S 6.

A la altura catastral 5436 del Pasaje Calou se incautó el arma descripta y unos metros más adelante un morral que contenía en su interior la licencia de conducir y la cédula del motovehículo propiedad del damnificado.

Por otra parte, en la calle Ordoñez intersección con Larraya fue hallado el motovehículo en cuestión y un reloj con inscripción ‘Soho’.”

Asimismo se tuvo por acreditado “que Bautista en las circunstancias de tiempo, modo y lugar arriba descriptas portó lista para el disparo y sin la debida autorización del RENAR ni del REPAR





Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

como legítimo usuario bajo categoría alguna, una pistola marca Bersa Thunder calibre .380, la que se encontraba cargada con un cartucho a bala en su recámara, aptas para el disparo.

Dicha portación se constató desde que el imputado sorprendió a Benadia en la Colectora Dellepiane y su intersección con la calle Cafayate hasta el momento de su detención en Larrazabal y Ordoñez, incautándose el arma de fuego en cuestión a 100 metros del lugar".

II. La primera impugnación del recurrente al fallo condenatorio se focalizó en demostrar que, al momento de declarar reincidente a Bautista, el tribunal no hizo mención al tiempo en que el causante había estado privado de su libertad en calidad de condenado, ni tampoco al lapso durante el cual recibió, de manera efectiva, tratamiento penitenciario. Aludió a que, en esas condiciones, la declaración de reincidencia se asemeja en demasía a la "ficta", lo que resulta inadmisibile, al tiempo que dejó en claro que no existen motivos para sostener que un plazo inferior a los dos tercios de seguimiento intramuros pueda ser considerado para emitir una declaración en tal sentido. Por tales motivos, agregó, la resolución en crisis presenta una fundamentación aparente e incurre en una errónea aplicación de la ley sustantiva (art. 50, CP), correspondiendo se declare la nulidad del punto dispositivo segundo de la sentencia atacada, o bien, se lo revoque.

Limitado mi análisis sobre el tópico, por las razones indicadas al expedirme sobre la admisibilidad del recurso intentado, y sin perjuicio de mi postura tradicional sobre los parámetros que debía tener presente el juzgador al momento de aplicar las prescripciones del art. 50 del digesto sustantivo, que reiteradamente sostuve como juez ante los tribunales orales de esta Capital Federal, considero que, en el presente caso, asiste razón a la defensa en la falta de





Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

fundamentos brindada por el *a quo* al momento de explicar los motivos por los cuales declaró reincidente a Sebastián Bautista.

En este sentido, la sola expresión relativa a que, conforme las constancias de la causa, el imputado ha cumplido pena privativa de la libertad como condenado por la última sanción que se le impusiera, sin ningún tipo de análisis ni valoración respecto del tiempo en que el causante permaneció privado de su libertad en calidad de condenado, así como tampoco del lapso durante el cual habría recibido, de manera efectiva, tratamiento penitenciario, no se erige como argumento suficiente para motivar la declaración de reincidencia de Bautista, a tenor de lo dispuesto en el art. 123 del CPPN. Por ello, propongo al acuerdo anular la declaración de reincidencia y reenviar las actuaciones a la instancia anterior a fin de que se dicte un pronunciamiento fundado en los términos del aludido precepto legal.

III. En el segundo agravio planteado, el recurrente se ocupó de discutir que, en el voto de la mayoría, se aplicaron erróneamente las prescripciones contenidas en los artículos 40 y 41 del Código Penal y que la fundamentación del *quantum* de la pena se llevó a cabo de modo aparente.

En efecto, luego de hacer una breve reseña de la exégesis que consideró correcta para determinar la pena aplicable y de la imposibilidad del juzgador para ajustar la sanción por encima a la pactada en los términos del art. 431 bis, CP, estimó adecuados los parámetros adoptados por el juez Goerner en su pronunciamiento minoritario para reducir en dos meses en la sanción acordada, objetando, paralelamente, la postura asumida por los magistrados Bustos Lambert y Dieta de Herrero, que mantuvo el monto punitivo convenido. Indicó, además, que este tribunal de casación se encuentra en condiciones de reducir aun más la pena recaída a su asistido, para el caso de considerar infundado el razonamiento del primer juzgador.





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

En el fallo recurrido, los jueces que conformaron la mayoría, fijaron en cinco años y seis meses de prisión la pena impuesta a Bautista. Para ello, consideraron que, si bien coincidían con el criterio del juez Goerner –desarrollado en el voto que los antecedía–, las circunstancias relacionadas con la sanción a imponer apuntadas en ese voto no lograron conmover a los suscritos, en función de lo cual concluyeron que la pena acordada por las partes era la adecuada. Por su parte, el magistrado que quedó en disidencia tuvo en consideración, para evaluar la dosimetría de la pena, el acuerdo arribado entre las partes y el monto máximo que allí se estipuló, sopesando, como circunstancia agravante, *“los antecedentes del nombrado y que [afectó] bienes jurídicos penalmente tutelados”* (sic); y, en lo que respecta a las atenuantes, la buena impresión causada al celebrarse la audiencia *de visu* y los demás índices de mensuración de la pena establecidos en los arts. 40 y 41. Asimismo, destacó, en lo relacionado con sus condiciones personales, la enfermedad que padece la pareja del imputado.

Planteada la cuestión en esos términos, adelanto que habré de coincidir con el recurrente al postular la reducción impetrada. Por un lado, por considerar que las circunstancias apuntadas por el juez del voto en minoría –en líneas generales– permiten observar una correcta valoración de los extremos en que apoyó la individualización del monto sancionatorio –atenuando la pena acordada por las partes en el marco del procedimiento regulado por la ley 24.825–, y por otro, debido a que el argumento explicitado por la mayoría del tribunal de juicio, limitado a indicar que la motivación del juez preopinante no los “conmovía” lo suficiente para apartarse del monto punitivo acordado, no deja de configurar una mera expresión de ánimo en los juzgadores, alejada de todo parámetro objetivo de análisis y que resiente la motivación lógica del fallo.

Fecha de firma: 11/07/2016

Firmado por: DANIEL EMILIO MORIN, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EUGENIO C. SARRABAYROUSE, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS FERNANDO NIÑO, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mi) por: PAULA GORSO, Secretaria de Cámara



#8730477#156852832#20160713115438361



Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

Sentado ello, si bien considero que la reducción en dos meses propiciada por el Dr. Goerner respecto de la pena pactada resulta ser la que solventa más adecuadamente el tópico, mi patrocinio a tal modificación se robustece a partir de la desacertada inclusión, dentro del elenco de agravantes considerado por tal vocal, de los antecedentes que registra el imputado así como la simple alusión a la afectación de bienes jurídicos protegidos penalmente. Lo primero, por cuanto su ponderación es contraria a los principios de culpabilidad por el hecho (arts. 16, 18 y 19, CN, 11.2 de la DUDH y 9° CADH) y de doble juzgamiento y/o punición (art. 33, CN y 14.7 PIDCyP) y lo segundo, en función de que, el solo supuesto de la tipicidad de una conducta impone la afectación de un bien jurídicamente tutelado y concretamente afectado, que, según su entidad, lleva aparejada la aplicación de una sanción con un mínimo y un máximo conminados en abstracto por lo que, su evaluación por separado a la hora de mensurar la sanción a aplicar se yergue como una doble valoración, ajena a las circunstancias particulares de cada caso, a las que se refiere el artículo 40 del ordenamiento penal sustantivo.

Concluyo, pues, en proponer al acuerdo se fije en cinco años y cuatro meses la pena impuesta a Sebastián Bautista.

IV. En último término la defensa se agravió de la calificación jurídica adoptada por el tribunal bajo el argumento de que el hecho acreditado constituyó, únicamente, el delito de robo con armas en grado de tentativa. Esa afirmación fue explicada por la defensa oficial en la audiencia celebrada ante esta Cámara, oportunidad en la que, sucintamente, se indicó que la portación del arma de fuego debió quedar subsumida en la figura del delito contra la propiedad conforme no pudo tenerse por probada la existencia de un peligro concreto hacia terceros, escindido del primero. Consecuentemente, de lograr una





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

favorable recepción a su pedido, solicitó una reducción en la pena impuesta a su defendido.

La cuestión a tratar es sustancialmente análoga a la resuelta el 23 de octubre de 2001 en la causa n° 1050 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, oportunidad en la que concluí que correspondía pronunciarme asertivamente respecto de la unidad de conducta con pluralidad típica que configura el concurso ideal, en casos como el que aquí presenta.

Haré una breve síntesis de las razones que me condujeron a alcanzar la postura que, transcurridos más de tres lustros, sigo sosteniendo.

El tema, siempre vale resaltarlo, trasciende el plano estrictamente legal, revistiendo neta índole constitucional: de la delicada tarea de contabilizar el número de hechos -en el sentido del art. 18 de nuestra Ley Fundamental- imputables a un sujeto dependerá la incolumidad o la obliteración de principios tales como el de legalidad y el de “non bis in idem” (Maurach-Gösell-Zipf, “Derecho Penal, Parte General”, T. 2, Astrea, Bs. As., 1995, p.513). Hace, pues, a la esencia de un derecho penal de acto como el consagrado por el juego armónico de los arts. 18 y 19 de nuestra magna Carta, la cuidadosa distinción entre la unidad o pluralidad de conductas, de cara a un caso dado (Zaffaroni-Alagia-Slokar, “Derecho Penal, Parte General”, Ediar, Bs. As., 2000, p.815).

En ese sentido, si lo “decisivo, en cualquier caso, es determinar cuándo debe valorarse todo lo actuado como una conducta y cuándo como una pluralidad de conductas” (Zaffaroni-Alagia-Slokar, op. cit., p.817); y si hemos de rendir modesto culto a la realidad que nos trasciende, la regla esencial será la de afirmar que el desvalor múltiple no multiplica el objeto desvalorado, por lo que se requiere “una consideración necesariamente combinada del mismo suceso” (idem)





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

cuando su encuadre típico sea plural. Tal precisión, que parece obvia, no lo es tanto en épocas en las que ciertas tendencias doctrinales inficionadas de un rabioso idealismo reducen el delito al juicio de desvalor de su intérprete, en lugar de respetar su ontología de acto conflictivo, previa a toda valoración del legislador, del juez o del estudioso.

Cabe recordar, por fin, que fue Carlos Tejedor quien, en el artículo 178 de su código determinó que “si el mismo culpable comete muchos crímenes al mismo tiempo y por una misma acción, se le aplicará la pena correspondiente al crimen mayor”; y que desde ese precedente, con alguna excepción aislada y sin concreción legal, todos los antecedentes patrios respetaron la regla del concurso ideal que hoy exhibe nuestro art. 54 del Código Penal.

Del acotado margen probatorio, propio del objetable procedimiento instaurado por la ley 24.825, existen elementos de juicio bastantes para construir la hipótesis de que la portación por parte de Bautista del arma utilizada en el asalto duró lo mínimo necesario como para consumir el atraco; suposición que se refuerza tras la breve persecución que permitió dejar en grado de conato el desarrollo del iter criminis. En otros términos, si de lo que se trata es de formular un juicio normativo acerca de la eventual unidad de conducta que englobaría el comienzo de la relación real entre el incuso y el arma respectiva y el uso dado a ésta durante el robo, se cuenta con probanzas harto suficientes.

Ni el número de tipos concurrentes ni el número de resultados típicos determina una pluralidad de conductas. Si, en un caso como el analizado, el resultado se confunde con la propia actividad cifrada en la portación, por la propia naturaleza de esa clase de ilícitos, pero esa portación se ciñe temporal y espacialmente a la ejecución de un delito más grave, que -por lo demás- recibe una calificación especial en





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

virtud de la utilización de elementos tales como el tenido, nos situamos frente a una sola conducta en la que el empleo de un medio no puede escindirse artificialmente de lo que cuadra considerar el plan concreto del autor.

Hay un factor final que unifica, que amalgama la trilogía configurada por la propuesta de un fin, la selección de los medios y la puesta en marcha de la causalidad. En este caso Bautista y su compañero de tareas –cuya identidad se desconoce, por cierto–, asaltaron a Alan Demián Benadia conforme a un proyecto que ha quedado objetivado en los diversos testimonios volcados en la sentencia. El elemento seleccionado para la intimidación –equiparada a la violencia física en el robo– fue el arma secuestrada al imputado en las inmediaciones del lugar del hecho. Luego, si existe una superposición cronológica casi absoluta entre la mera relación real entre los imputados y el arma que, de ordinario, recibe un tratamiento diferencial por parte del legislador y el ataque contra la propiedad privada, la primera ingresa en el análisis del caso concreto como la peculiar modalidad de realización del robo planeado por los dos jóvenes sometidos a juicio.

Concluyo señalando que tampoco encuentro en la especie un caso de concurso aparente de tipos o leyes o de “unidad de ley”, según las diversas denominaciones de la doctrina, como se ha sostenido en doctrina (v. Ziffer, Patricia: “El concurso entre la tenencia de arma de guerra y el robo con arma”, Ed. Temis, Bogotá, 1996). Si sólo la especialidad, la consunción y la subsidiaridad dan lugar a tal “unidad de ley”, estimo que no hay aquí margen para ninguna de tales relaciones de interferencia. No hay especialidad, por cuanto es tan concebible la realización del robo con armas diferentes de aquellas cuya tenencia se encuentra prohibida, como la tenencia de estas últimas sin que se cometa, a partir de ella, ataque alguno contra la





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

propiedad, de lo que se sigue que no se produce el encerramiento conceptual propio de esa situación de concurso aparente; en otros términos, no hay dos tipos de los cuales uno, además de exhibir las mismas notas características del otro, posee una más, que lo especifica. No hay consunción porque tampoco hay encerramiento material, ya que no cuadra sostener que el desvalor de la característica eventual - empleo de armas de guerra - se encuentre abarcado o incluido en el tipo de robo con armas, habida cuenta de los diferentes bienes jurídicos protegidos y de la genérica referencia a elementos vulnerantes de la figura agravada contenida en el art. 166 inc. 2° del código sustantivo. Y no hay, esto es más obvio, subsidiaridad, por cuanto no acontece el desplazamiento de un tipo por otro por progresión gradual de la afectación.

En suma, nos situamos frente a una sola conducta que ha cumplido con los requisitos de dos figuras legales diversas, en virtud del plan escogido por sus autores, sin que exista interferencia en la operatividad de sendos preceptos. Y eso se llama concurso ideal, previéndose la consecuencia penal prevista por el art. 54 del Código Penal.

Ahora bien, no obstante el cambio de calificación reseñado reafirmo que la pena que se ajusta rigurosamente al caso es la propuesta al pleno en el apartado anterior, motivo por el cual corresponde sostener la respuesta punitiva escogida por el juez Goerner, solución que expresamente mociono ante el acuerdo.

El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:

1. Al resolver el precedente “Salto”⁴ se señaló que en los casos del art. 431 *bis*, CPPN, la regla debe ser la admisibilidad del recurso y su inadmisibilidad la excepción. Luego, en los casos “Choque”⁵ y

⁴ Registro n° 374/15, sentencia del 27.08.2015, Sala II, jueces Bruzzone, Morin y Sarrabayrouse.

⁵ Registro n° 510/15, sentencia del 2.10.2015, Sala II, jueces Morin, Sarrabayrouse y Bruzzone.





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

“**Zogbe**”⁶ y en referencia a la posibilidad de que el imputado impugne la sentencia proveniente de un procedimiento de juicio abreviado, señalamos que ni de la letra de la ley, ni de la interpretación sistemática del instituto surge que carezca de ese derecho por la sola circunstancia de que la decisión se mantuvo dentro de lo pactado. Es que si se acepta la constitucionalidad de este tipo de procedimientos el corolario es que las sentencias así obtenidas no pueden quedar exentas de control, en la medida que se lo provoque y *se aleguen agravios concretos*. En definitiva, se trata de revisar los *agravios verosímiles* (cfr. las sentencias en los casos “**Castañeda Chávez**”⁷ y “**Briones**”⁸).

2. Ahora bien, en el caso particular, la defensa se ha limitado a cuestionar la constitucionalidad de la reincidencia sin explicar las razones por las cuales con antelación Bautista pactó su aplicación. Tampoco explica razonadamente los motivos por los que habría que apartarse de lo que ellos mismos reconocieron, ni por qué la sentencia cuestionada erró al aplicar el instituto (tal como se planteó, por ejemplo, en el caso “**Guerra Gutiérrez**”⁹).

Por estas razones, coincido con el juez Niño en la admisión parcial del recurso dirigido contra la declaración de reincidencia.

3. Sobre las condiciones objetivas que tuvo en cuenta el tribunal de juicio para declarar reincidente a Bautista y con independencia del criterio ya discernido al respecto¹⁰, coincidimos nuevamente con el colega Niño en relación con la ausencia de fundamentación de la sentencia en tanto sólo hizo alusión a que el imputado fue pasible de una pena privativa de libertad anterior, pero sin analizar la evolución

⁶ Registro n° 765/15, sentencia del 14.09.2015, Sala de Turno, jueces Jantus, Sarrabayrouse y Dias.

⁷ Registro n° 670/15, sentencia del 18.11.2015, Sala II, jueces Bruzzone, Morin y Sarrabayrouse.

⁸ Registro n° 580/15, sentencia del 23.10.2015, Sala III, jueces Jantus, Garrigós de Rébora y Sarrabayrouse;

⁹ Registro n° 114/16, sentencia del 22.02.2016, Sala de Turno, jueces Jantus, Garrigós de Rébora y Sarrabayrouse.

¹⁰ Ver el precedente “**Salto**” antes citado.





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

en el sistema de progresividad del interno, qué etapa alcanzó en él o si accedió a un instituto de libertad anticipada para llegar a tal conclusión.

En consecuencia, se comparte la solución propuesta a fin de que se reenvíen las actuaciones a la instancia anterior a fin de que se dicte un pronunciamiento fundado en los términos del art. 123, CPPN.

4. En torno a las críticas dirigidas contra la calificación jurídica asignada al hecho, compartimos la argumentación brindada en el voto que nos antecede con la salvedad que, en relación a la relación concursal que debe aplicarse a los delitos en pugna ya hemos manifestado que, al cumplir otra función jurisdiccional, tuvimos la oportunidad de señalar que entre la portación de un arma fuego y la realización de otro delito correspondiente a la faz consumativa del *iter criminis* existía un concurso aparente de leyes¹¹. No obstante lo expuesto, la escala penal a considerar no varía.

De lo expuesto surge que se trata de una mera discusión sin relevancia para la solución del caso particular.

5. Con ese alcance y -como se dijo- sin que se altere la escala penal a considerar, en los términos del precedente “**Medina**”¹², adherimos a la proposición que hizo el juez Niño acerca de la pena a fijar, en tanto resulta adecuado sostener la propuesta efectuada por el juez de la minoría del tribunal recurrido, tal como fue petitionado por la defensa.

El juez Daniel Morin dijo:

De conformidad con los argumentos esgrimidos en oportunidad de emitir mi voto como juez integrante de la Sala de Admisibilidad en los presentes actuados (cfr. fs. 55/59), disiento con la propuesta

¹¹ Ver precedente “**Bareiro**” (registro n° 696/15, sentencia del 26.11.2015, Sala II, jueces Morin, Sarrabayrouse y Niño) y como integrante del Tribunal de Juicio en lo Criminal del Distrito Judicial Norte, Provincia de Tierra del Fuego, causa “**Hermosi**” del 11.12.2012, registro n° 35, t. II, folios 397 / 408, protocolo 2012, entre otros precedentes.

¹² Registro n° 406/15, sentencia del 3.09.15 Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.





Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

formulada por mis colegas preopinantes, debiendo declararse inadmisibles los agravios articulados por la defensa contra la sentencia que se recurre.

En virtud del Acuerdo que antecede, **la Sala II 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 por la defensa a fs. 15/24, **CASAR** la sentencia dictada a fs. 5/14 y **CONDENAR**, en definitiva, a Sebastián Bautista a la pena de cinco años y cuatro meses de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa (hecho I) en concurso ideal con portación de arma de guerra sin la debida autorización legal (hecho II) (arts. 54, 166 inc. 2º párrafo 2º y 189 *bis* inc. 2º párrafo 4º del Código Penal y 456, 465, 468, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. ANULAR la declaración de reincidencia respecto de Sebastián Bautista y **REMITIR** las actuaciones al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento, en lo atinente al tópico señalado, fundado en los términos del art. 123, CPPN (arts. 123, 456, 465, 468, 469, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; LEX 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.





Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 13911/2013/TO1

Luis Fernando Niño

Eugenio Sarrabayrouse

Daniel Morin

Ante mí:

Paula Gorsd

-Secretaria de Cámara-

Fecha de firma: 11/07/2016

Firmado por: DANIEL EMILIO MORIN, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: EUGENIO C. SARRABAYROUSE, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: LUIS FERNANDO NIÑO, JUEZ DE CAMARA

Firmado(ante mí) por: PAULA GORS, Secretaria de Cámara



#8730477#156852832#20160713115438361