

Reg. n° 1387/ 2017

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 26 días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Pablo Jantus, Mario Magariños y Alberto José Huarte Petite, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a efectos de resolver en la causa n° 30868/2014/PL1/CNC1, caratulada “ s/hurto en tentativa”, de la que **RESULTA:**

I. El Juzgado Nacional en lo Correccional n° 13 resolvió condenar a a la pena de tres meses de prisión de efectivo cumplimiento y costas, por ser coautor del delito de hurto en grado de tentativa, en función de lo normado por el artículo 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación. En lo que aquí interesa, en el punto V de la mencionada sentencia, se dispuso que una vez que se encontrara firme la condena, se intimara al encausado a comparecer para el efectivo cumplimiento de la pena impuesta –lo que constituyó, en definitiva, el rechazo implícito de la sustitución de la pena por tareas comunitarias solicitado por la defensa– (fs. 364/373).

II. Contra dicha resolución la defensa interpuso recurso de casación (fs. 390/398), que fue admitido por la Sala de Turno de esta Cámara (fs. 537/538).

III. Tras mantener el recurso (fs. 540), en la oportunidad prevista en el artículo 465, 4° párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, la defensa presentó el escrito obrante a fs. 548/556.

IV. Superada la etapa contemplada en el art. 465, quinto párrafo, del código de forma, quedaron las actuaciones en condiciones de ser resueltas.

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

Y CONSIDERANDO:

El juez Pablo Jantus dijo:

I. Antes de ingresar al análisis de los agravios que trae el recurso de casación, es pertinente señalar, para mayor claridad en el tratamiento de

tales cuestiones, que las partes arribaron a un acuerdo de juicio abreviado en el que pactaron la imposición de la pena de tres meses de prisión en orden al delito de hurto en grado de tentativa (fs. 312).

Presentado el acuerdo en el juzgado de origen, la defensa de solicitó la conversión de esa pena por la realización de trabajos en favor de la comunidad de acuerdo a lo establecido en los artículos 35 inciso f y 50 Ley n° 24.660 (fs. 314).

De ese planteo se corrió vista a la fiscalía, que se opuso al sostener que no resultaba acertada a la luz de los artículos 29 inciso 3° y 64 inciso “a” Ley n° 25.871, puesto que de los antecedentes obtenidos de la base de datos de la Dirección Nacional de Migraciones surge que se encontraba en situación irregular en el país. Además, puso de relieve que el encausado ya había sido condenado anteriormente y que, en caso de homologarse el acuerdo, también resultaría condenado en autos (fs. 325).

El Juzgado llevó a cabo la audiencia de *visu* en los términos del artículo 431 *bis* CPPN y el encausado ratificó el acuerdo. En consecuencia, se dictó la sentencia de condena enunciada, conforme los términos pactados (fs. 364/373).

En lo que aquí interesa, la jueza sostuvo en la resolución recurrida que la solicitud de conversión de la pena de prisión por la realización de trabajos comunitarios fue tardía, en la medida en que se formuló luego de la propuesta de juicio abreviado, en la que se pactó el monto de la pena y la modalidad de su cumplimiento.

De este modo, y entendiendo que la oposición del fiscal no resultaba apartada del principio de legalidad y razonabilidad, concluyó que la petición de la defensa no podía prosperar, debiendo ser el juez de ejecución penal el competente para expedirse de conformidad con el artículo 50 Ley n° 24.660.

En consecuencia, el *a quo* dispuso, en el punto V de la sentencia recurrida, que una vez que se encontrara firme la condena, se intimara al encausado a comparecer para el efectivo cumplimiento de la pena impuesta, lo que implicó, en definitiva, el rechazo implícito de la sustitución de la pena por tareas comunitarias solicitada por la defensa.

II. La defensa se agravió por errónea interpretación de la ley aplicable al caso y arbitrariedad.

En ese sentido, sostuvo que el juez correccional rechazó el pedido valorando circunstancias que la ley no prevé como requisitos formales que deban tenerse en cuenta al momento de decidir sobre el beneficio en cuestión, como así también, omitió el tratamiento de las condiciones personales y familiares del imputado brindadas al solicitar el instituto.

Además, se agravió por errónea interpretación de la ley sustantiva, señalando que los artículos 35, inciso “e” y 50 de la ley 24.660 no contienen otra exigencia más allá de que la pena que en definitiva se le imponga al condenado no supere el límite temporal de seis meses de prisión.

Agregó que la afirmación de que la decisión sobre la sustitución de la pena por tareas comunitarias corresponde al juez de ejecución penal, implica una interpretación restrictiva del artículo 50 de la ley 24.660, que no se compadece con las finalidades de esa norma. Señaló también, que la propia ley de ejecución expresamente promueve que los beneficios previstos en ella sean aplicados incluso a los procesados, conforme a su artículo 11.

La recurrente hizo saber, que no hay constancia alguna que indique que se haya intimado a su asistido en algún momento del proceso a regularizar su situación migratoria o bien que se le haya otorgado la oportunidad de hacerlo, situación que debería ser merituada a su favor. Recordó además las condiciones personales de [redacted] afirmando que la imposición de la pena privativa de la libertad perjudicaría directamente a su entorno familiar.

Asimismo, citó el precedente “Almada” de esta Sala (causa n° 19630/2014/TO1/CNC1, caratulada “Almada Guillermo Ramón y otros s/ robo en grado de tentativa”, rta. el 2 de junio de 2015, reg. nro. 116/2015), entre otros casos, y entendió que eran aplicables a la cuestión traída a estudio.

También, consideró que en la resolución recurrida se omitió explicar los motivos por los cuales se entendió que la postura del representante del Ministerio Público Fiscal resultaba razonable y legalmente adecuada.

Al término de su presentación pidió que se case la resolución recurrida y se disponga la sustitución por tareas comunitarias de la condena impuesta, por el término y las condiciones que se estime pertinentes.

III. Los parámetros que, a mi modo de ver, deben ser tenidos en cuenta a la hora de revisar la cuestión traída a estudio, como bien citó la defensa, han sido desarrollados *in extenso* en la causa n° 19630/2014/TO1/CNC1, caratulada “Almada Guillermo Ramón y otros s/ robo en grado de tentativa”, rta. el 2 de junio de 2015, reg. nro. 116/2015, ocasión en la que se analizaron las pautas de interpretación de los artículos 35, inciso “e” y 50 de la ley 24.660.

Este criterio fue ratificado en la causa nro. 21525/2014/TO1/CNC1, caratulada “Salcedo, Roque Pelegrino s/ robo en grado de tentativa”, rta. el 4 de junio de 2015, reg. nro. 163/2015, en la cual además agregué que deben haber excepcionales motivos para rechazar la sustitución de la pena por tareas comunitarias, pues su procedencia debe ser la regla, dada la inconveniencia de imponer penas de encierro por períodos de corta duración.

Sobre la base de estas consideraciones, observo que el juzgado no ha efectuado una adecuada interpretación de la ley aplicable al caso. Veamos.

En primer lugar, en cuanto a la competencia de la concesión del instituto en cuestión, debo señalar que asiste razón a la defensa, al sostener que la propia Ley n° 24.660 promueve expresamente en su artículo 11 que los beneficios previstos en ella sean aplicados, incluso a los procesados a condición de que sus normas no contradigan el principio de inocencia y resulten favorables y útiles para resguardar la personalidad del solicitante.

Además, advierto que la decisión adoptada soslaya los efectos colaterales nocivos de la pena de encierro, principalmente la exclusión del núcleo y sostenimiento familiar. En ese sentido, si bien es cierto que la defensa técnica al solicitar la sustitución no exhibió un desarrollo argumental suficiente, ello no dispensa a la jurisdicción de explicitar fundadamente la inconveniencia en este caso concreto de que la pena se cumpla con la modalidad antes expuesta.

Tampoco presenta el fallo, en cuanto refiere a las razones brindadas por la fiscalía para oponerse a la aplicación del instituto, motivos fundados

acerca de la incidencia de la situación migratoria del imputado en la sustitución que pretende; ni resulta óbice que registre antecedentes penales, pues más allá de que la condena valorada en ese sentido se encuentra vencida –se tuvo por compurgada con el tiempo de detención sufrido– y fue impuesta hace más de ocho años, el instituto está previsto, justamente, para sustituir el cumplimiento de la pena.

Cabe destacar que desde el inicio de estas actuaciones se presentó al juzgado cada vez que fue citado y que, tal como señaló la defensa en su recurso, del legajo de personalidad surge que posee un hogar en el país desde el 2003, está casado con una mujer argentina, trabaja de técnico electromecánico y tiene dos hijos de corta edad.

En virtud de lo expuesto, no advierto motivos excepcionales para rechazar la aplicación de la norma en cuestión y propongo al acuerdo hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, casar la resolución recurrida y sustituir la pena de prisión impuesta por la realización de trabajos no remunerados para la comunidad, por el término y bajo las condiciones que deberá fijar el *a quo*; sin costas (arts. 35 inciso “e” y 50 Ley n° 24.660 y arts. 469, 470, 530 y 531 CPPN).

El juez Alberto Huarte Petite dijo:

I. Adhiero en lo sustancial al voto de mi distinguido colega Pablo Jantus en cuanto a la solución que propone al presente caso.

En efecto, si bien no integré este colegio en los precedentes “**Almada**” (Reg. n° 116/15, Sala III, del 2.6.2015) y “**Salcedo**” (Reg. n° 163/15, Sala III, del 4.6.2015) citados en el voto que me precede, comparto los argumentos allí volcados en cuanto al marco de interpretación que debe regir en torno a los artículos 35, inciso “e” y 50 de la ley n° 24.600.

Añado a todo ello que como integrante del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 1 de esta ciudad, ya desde el precedente “**Ramos, Gabriela Fernanda**”, causa n° 2084/1124, sentencia del 4 de mayo de 2005, en criterio reiterado en numerosos pronunciamientos entendí junto con mis colegas del tribunal, que las normas antes mencionadas debían ser interpretadas en consonancia con disposiciones de jerarquía constitucional como el art. 5.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que “las penas privativas de libertad

tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”, la cual había sido receptada en forma congruente por el artículo 1 de la ley n° 24.660.

Dijimos también allí, en los casos en que se dispuso la aplicación de las normas puestas en juego en el *sub lite*, que en cada uno de ellos, la ejecución efectiva de la pena de prisión impuesta (que no superaba los seis meses), no iba a cumplir en modo alguno con el mandato constitucional si se tenía en cuenta que difícilmente podría obtenerse en tan corto lapso de tiempo de ejecución de una pena, el fin constitucional y legalmente establecido.

Y concluimos que, inversamente, el encierro en tales casos, generaría con seguridad mayores inconvenientes en orden a la obtención del fin de la sanción penal, por lo que aparecía por demás razonable acudir a la sustitución de la pena por tareas comunitarias con sustento en la normativa en cuestión.

II. Considero asimismo que al caso resulta aplicable, por referirse a una cuestión que, en definitiva, resulta sustancialmente análoga a la presente, la doctrina que emana del precedente “Squillario, Adrián” (Fallos: 329:3006), a través del cual se trató la situación de un imputado que había sido condenado a la pena de dos años de prisión de cumplimiento efectivo, habiéndose fundado la apelación federal en la circunstancia de no hallarse debidamente fundada dicha modalidad de ejecución de pena, en desmedro de su ejecución condicional. .

En efecto, allí se dijo en lo que aquí interesa:

“...5°) Que si bien las decisiones relacionadas con la aplicación del monto de la pena resultan privativas de los jueces de mérito, cabe hacer excepción cuando, como en el caso, no se advierte una adecuada fundamentación respecto de tan trascendentes cuestiones, lo cual, descalifica al fallo como acto jurisdiccional válido...”

6°)...Es que si bien los jueces de la mayoría del fallo de casación argumentaron que sólo la aplicación de la condenación condicional debía ser fundada por ser la excepción a la pena de encierro (art. 26 del Código Penal), no es menos cierto que la opción inversa, en casos donde aquella hipótesis podría ser aplicada, también debe serlo, puesto que de otro modo estaría privando a quien la sufre la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable. En tales circunstancias, los condenados se verían impedidos de ejercer una adecuada defensa en juicio ante la imposibilidad de refutar decisiones basadas en criterios discrecionales de los

magistrados que la disponen.

7º) Que, justamente, el instituto de la condenación condicional previsto en el art. 26 del Código Penal tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el art. 18 de la Constitución Nacional.-

8º) Que esta Corte ha sostenido en Fallos: 327:3816, que "...la condenación condicional procura evitar la pena corta de prisión para quien pueda ser un autor ocasional..." y que "...la razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad, lo que sucede cuando la pena no excede de cierto límite, o cuando no provoca mayor peligro de alarma social, es decir cuando el sujeto no es reincidente..."

9º) Que si bien surge del citado art. 26 de la ley de fondo el mandato expreso de fundamentar la condenación condicional, no por ello el magistrado deberá dejar de lado el mandato implícito que lo obliga —con el fin de asegurar una debida defensa en juicio— a dictar sus fallos en términos de una derivación razonada del derecho vigente conforme las constancias de la causa para resolver sobre una pena a cumplir en prisión..."

En el caso de autos, si bien el tribunal *a quo* procuró fundar su negativa a la aplicación de los artículos 35, inciso f, y 50 de la ley 24.660, no realizó una adecuada interpretación de las referidas disposiciones, conforme lo señaló el Juez Jantus

En particular, no tuvo en cuenta, para el caso específico, los efectos nocivos colaterales a la pena de encierro efectivo, y de esta manera, obvió el criterio de excepcionalidad que debe regir en cuanto a la negativa a la sustitución de una pena de prisión por la realización de tareas comunitarias, tal como en definitiva concluyó la Corte respecto a la negativa a disponer una condena de ejecución condicional; dicho criterio obliga a la jurisdicción a dictar sus fallos, como señaló aquel Tribunal, "...en términos de una derivación razonada del derecho vigente conforme a las constancias de la causa para resolver sobre una pena a cumplir en prisión..."

El juez Mario Magariños dijo:

La decisión impugnada fue consecuencia del procedimiento contemplado en el artículo 431 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación, esto es, el juicio abreviado, oportunidad en la que el señor con la

asistencia de su defensa, acordó con el representante del Ministerio Público Fiscal la pena a imponer.

El recurrente se agravió pues, a su entender, la juez *a quo*, al decidir no hacer lugar a la solicitud de la defensa de sustituir dicha pena por la realización de trabajos no remunerados en favor de la comunidad, aplicó erróneamente la ley penal sustantiva y procesal.

Pues bien, la cuestión planteada exige, de modo ineludible, el examen y consideración de la lógica-jurídica que informa al marco legal en función del cual se dictó la sentencia condenatoria y, como consecuencia de ella, se arribó a la conclusión de no hacer lugar a la sustitución de la pena allí impuesta por la realización de trabajos no remunerados en favor de la comunidad, esto es, el procedimiento establecido en el art. 431 *bis* del código de forma (conf. ley n° 24.825).

En razón de las consideraciones formuladas por mí en forma permanente y reiterada como juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 de esta ciudad, a partir del dictado del precedente “Osorio Sosa, Apolonio” (sentencia del 23 de diciembre de 1997; publicada en el suplemento de Jurisprudencia Penal de la revista jurídica La Ley, del 30 de abril de 1998), y como integrante de esta cámara, a partir del precedente “Barragán” –registro n° 157/2015, sentencia del 15 de junio de 2015– (ver el voto del juez Magariños), a las que cabe remitirse en honor a la brevedad, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley 24.825 y del artículo 431 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación, toda vez que lo allí establecido quebranta lo dispuesto en los artículos 1, 18 y 118 de la Constitución Nacional.

Por consiguiente, corresponde declarar la nulidad de todos los actos procesales celebrados como consecuencia de la norma legal declarada ilegítima, en particular la propuesta de acuerdo de juicio abreviado y la sentencia de condena dictada por el Juzgado Nacional en lo Correccional N° 13 respecto de _____ (artículos 167, 168, segundo párrafo, 172 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación), y hacer saber al juzgado de origen lo resuelto a fin de que remita a sorteo las actuaciones y, una vez radicado el proceso ante otro tribunal, se cite a las partes a juicio.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 30868/2014/PL1/CNC1

Por esa razón, lo resuelto torna inoficioso ingresar al tratamiento de los agravios presentados en el recurso de casación interpuesto por la defensa.

En virtud del acuerdo que antecede, la **Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, por mayoría, RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, **CASAR** la resolución recurrida y **SUSTITUIR** la pena de prisión impuesta por la realización de trabajos no remunerados para la comunidad, por el término y bajo las condiciones que deberá fijar el *a quo*; sin costas (arts. 35 inciso “e” y 50, Ley n° 24.660 y arts. 470, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, donde deberá notificarse personalmente al imputado.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

PABLO JANTUS

MARIO MAGARIÑOS
-EN DISIDENCIA-

ALBERTO HUARTE PETITE

Ante mí:

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CÁMARA

