



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 72983/2015/TO1/4/CNC2

Reg. n° 1650 /2019

//n la ciudad de Buenos Aires, a los 12 días del mes de noviembre de 2019, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Mario Magariños, Pablo Jantus y Alberto Huarte Petite, asistidos por el secretario Guido Waisberg, para resolver el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la defensa a fs. 15/44 en este proceso n° CCC 72983/2015/TO1/4/CNC2, caratulado “Castro, s/ robo en poblado y en banda en tentativa” del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral de Menores n° 1 de esta ciudad, en lo que aquí interesa, resolvió condenar a Castro a la pena de un año y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento por considerarlo autor del delito de tentativa de robo agravado por su comisión en poblado y en banda, condenarlo a la pena única de un año y ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento y mantener su declaración de reincidencia (fs. 1/14).

II. Contra esa decisión, la defensa de Castro interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad (fs. 15/44), el cual fue concedido (fs. 45) y oportunamente mantenido en esta instancia (fs. 51).

III. Los integrantes de la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal decidieron otorgarle al recurso el trámite previsto en el artículo 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 53).

IV. En la oportunidad prevista en el artículo 465, 4° párrafo, del cuerpo legal citado, la defensa presentó el escrito obrante a fs. 56/60.

V. Conforme lo dispuesto en el artículo 465, último párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, se fijó audiencia a la que no comparecieron las partes (fs. 64).



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

Y CONSIDERANDO:

El juez Mario Magariños dijo:

En el marco del procedimiento contemplado en el artículo 431 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación, el Tribunal Oral de Menores n° 1 de esta ciudad, en lo que aquí interesa, resolvió condenar a Castro a la pena de un año y seis meses de prisión de efectivo cumplimiento por considerarlo autor del delito de tentativa de robo agravado por su comisión en poblado y en banda, condenarlo a la pena única de un año y ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento y mantener su declaración de reincidencia.

Contra esa decisión, la defensa del nombrado interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad.

1. En primer lugar, el recurrente cuestionó la calificación legal que el tribunal oral le asignó al suceso considerado probado.

Al respecto, refirió que el tipo penal contenido en el artículo 167, inciso 2° del Código Penal es inconstitucional por violar el principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional).

Subsidiariamente, consideró que los requisitos que requiere ese tipo penal para su configuración (esto es, aquellos descriptos en el la figura del artículo 210 del Código Penal) no se constataron en el caso.

2. En segundo término, la asistencia técnica del señor Castro se agravió por la decisión del tribunal oral de mantener la declaración de reincidencia del nombrado.

En tal sentido, expresó que ésta debe dejarse sin efecto porque no fue pactada en el acuerdo de juicio abreviado celebrado en el marco del presente proceso.

A su vez, consideró que el instituto de la reincidencia no es aplicable a la situación de Castro, pues en la sentencia recurrida no se





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 72983/2015/TO1/4/CNC2

realizó ninguna consideración acerca del tratamiento carcelario que el nombrado habría recibido durante la ejecución de su anterior condena.

Finalmente, el impugnante planteó la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, por considerar que es contrario a los principios constitucionales de culpabilidad, igualdad ante la ley y *ne bis in ídem*.

-I-

Los términos en que viene planteada la cuestión exigen, de modo ineludible, el examen y consideración de la lógica-jurídica que informa al marco legal en función del cual fue dictada la decisión impugnada, esto es, el procedimiento establecido en el artículo 431 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación (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- (ver el voto del juez Magariños), a los 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.

En consecuencia, corresponde: I) declarar la nulidad de todos los actos procesales celebrados como consecuencia de la norma legal declarada ilegítima, en particular, de las propuestas de acuerdos de juicio abreviado y la resolución recurrida mediante la cual se condenó a Castro (artículos 167, 168, segundo párrafo, 172 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación); II) hacer saber al tribunal 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 en los términos del artículo 354 del Código Procesal Penal de la Nación.

De este modo, resulta inoficioso ingresar al tratamiento de los agravios de la defensa presentados en el recurso de casación.

El juez Pablo Jantus dijo:

I. En primer lugar, considero que debe ser atendido el planteo de inconstitucionalidad formulado por la defensa respecto de la figura contenida en el art. art. 167 inciso 2° CP.

Sobre este asunto me expedí al votar en la causa “Rejala Rivas” de esta Sala (Reg. n° 809/2016), oportunidad en la que concluí que la previsión legal de la que se trata es inconstitucional en tanto al no brindar una definición clara y precisa del sustantivo *banda* vulnera el principio de taxatividad, mientras que no resulta posible determinarlo por vía hermenéutica ante las innumerables posibilidades que brinda la ley penal, y por importar esa tarea una violación a la prohibición de analogía que integra el citado principio de legalidad (art. 18 CN).

De tal forma, considero que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 167 inciso 2 del Código Penal y, en consecuencia, calificar el hecho como constitutivo del delito de robo (art. 164 CP).

II. En segundo lugar, considero que también asiste razón a la parte recurrente con relación al agravio vinculado al mantenimiento de la declaración de reincidencia del imputado.

En efecto, sobre la base de las consideraciones efectuadas en la causa “Rolón” de esta Sala (Reg. n° 273/2017), que resultan aplicables al caso *mutatis mutandi*, entiendo que, en supuestos como el presente, el tribunal de juicio carece de facultades para expedirse sobre cuestiones que no integran el acuerdo celebrado y, por lo tanto, resultan ajenas al





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 72983/2015/TO1/4/CNC2

marco

del procedimiento previsto en el art. 431 *bis* del código de forma. El tratamiento unilateral de aspectos no acordados conduce a la falta de correspondencia entre los términos del acuerdo suscripto y la sentencia dictada y, en definitiva, a un pronunciamiento *ultra petita* que, en este punto, no puede sostenerse como acto jurisdiccional válido, en la medida en que, de ese modo, se afecta el derecho de defensa. Es claro que el imputado, mediante la aceptación del acuerdo renuncia a su derecho que la imputación se ventile en un juicio oral, y esa renuncia implica el respeto en la sustancia de los términos acordados, pues la propia ley brinda la solución de rechazar el acuerdo por parte del tribunal en los supuestos previstos por el artículo 431 bis del Código Procesal Penal de la Nación.

Por lo expuesto, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto, casar y anular el punto dispositivo VII de la sentencia recurrida cuya copia obra a fs. 1/14 por el que se mantiene la declaración de reincidencia a Castro (art. 50 del Código Penal).

En función de lo expuesto, resulta inoficioso ingresar al tratamiento de los restantes agravios de la defensa presentados en el recurso de casación.

III. La solución propuesta conduce a la necesidad de determinar la pena a imponer al condenado, en tanto la nueva escala penal aplicable al caso (robo simple en grado de tentativa) oscila entre los quince días y los cuatro años de prisión.

De este modo, creo que la cuestión debe resolverse en esta instancia, teniendo en cuenta la escala prevista en las normas de fondo aplicables al caso, (arts. 40, 41, 44, 45, 164 CP) y los parámetros objetivos y subjetivos valorados en la resolución recurrida.

En consecuencia, valoro como atenuantes subjetivas su edad, su procedencia de una familia humilde de bajos recursos, su bajo nivel



de instrucción –sólo alcanzó hasta el segundo año de la secundaria–, su pasado vinculado al consumo de sustancias psicoactivas, sus antecedentes laborales y su ajustado ingreso económico mensual. Como circunstancias agravantes, corresponde tener en cuenta la naturaleza de la acción imputada, la pluralidad de intervinientes en el hecho, pues, según mi opinión, la declaración de inconstitucionalidad de la norma mencionada no impide valorar el mayor poder ofensivo determinado por el número de intervinientes en el suceso a la hora de evaluar la sanción penal correspondiente, como así también, la extensión del daño causado.

De acuerdo a las consideraciones efectuadas, advirtiendo más circunstancias atenuantes que agravantes, entiendo que corresponder disminuir en ocho meses de prisión la pena impuesta en esta causa, estableciéndola a la pena de diez meses.

En virtud de lo expuesto, en base a la disminución de la pena fijada al imputado, corresponde consiguientemente modificar el monto impuesto para la pena única y, de conformidad con el método compositivo utilizado por el *a quo*, fijarlo en un año de prisión, comprensiva de la sanción antes enunciada y de la pena única de ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento, impuesta el 13 de julio de 2016 por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 21 en el marco de las causas nro. 4942/4950.

IV. De esta manera, voto por: I. Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, declarar la inconstitucionalidad del art. 167 inciso 2 del Código Penal y, en consecuencia, modificar la calificación legal del hecho por el cual recayó condena contra Castro, el que resulta constitutivo del delito de robo simple en grado de tentativa, y reducir la sanción impuesta respecto de ese hecho, la que se fija en diez meses de prisión de efectivo cumplimiento, y la pena única dictada, la que se determina en un año de prisión de efectivo cumplimiento –que comprende la mencionada





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 72983/2015/TO1/4/CNC2

anteriormente y la pena única de ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento, impuesta el 13 de julio de 2016 por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 21 en el marco de las causas nro. 4942/4950-; II. Anular el punto dispositivo VII de la sentencia recurrida por el que se mantuvo la declaración de reincidencia de Castro (art. 50 del Código Penal); sin costas (arts. 471, 474, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Alberto Huarte Petite dijo:

I. Motiva la intervención de esta Sala el recurso de casación interpuesto por la defensa de Castro contra la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Oral de Menores n° 1 de esta ciudad, cuyos agravios fueron correctamente sintetizados por el Dr. Magariños en los dos primeros puntos de su voto, por lo cual cabe remitirse a lo allí dicho en beneficio a la brevedad.

II. Preliminarmente, he de decir que es de aplicación al caso lo resuelto en el fallo “**Scazzuela**” de este colegio (Reg. n° 657/18, Sala III, rta. 12.6.18, voto del juez Huarte Petite) en el que adherí a la opinión de mis colegas según la cual un planteo de inconstitucionalidad de una norma debe ser formulada oportunamente y no resultar fruto de una tardía reflexión (Fallos 271:272; 295:753; 302:468; 307:629; entre muchos otros).

Por consiguiente, el planteo de una cuestión federal debe efectuarse en la primera oportunidad posible, para de ese modo dar la posibilidad a los jueces de la causa de considerarla y decidirla, tal como desde muy antiguo lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 259:162; 278:35; 298:321; entre muchísimos).

En el presente caso, resulta evidente que el planteo de inconstitucionalidad del artículo 167, inciso 2, del Código Penal resulta tardío, pues éste debió haber sido articulado en la primera oportunidad posible, esto es, luego de celebrado el acuerdo de juicio abreviado y antes del dictado de la sentencia homologatoria de dicho



instrumento, a fin de que el juez del caso pudiese expedirse acerca de la validez constitucional de la norma cuestionada. Lejos de ello, en el caso se verifica que, en ese momento procesal, el imputado y su defensa no expresaron objeción alguna a la significación jurídica propuesta por el fiscal en relación con el hecho atribuido al inculso.

Por lo expuesto, toda vez que la cuestión federal no ha sido oportunamente articulada, correspondería declarar inadmisibile el planteo de inconstitucionalidad interpuesto (artículos 5, 121 y 122 de la Constitución Nacional, artículo 14 de la ley 48, artículo 474 del Código Procesal Penal de la Nación).

III. Sin embargo, ante el resultado del acuerdo arribado en el *sub lite* luego de la deliberación que se llevó a cabo, a fin de alcanzar la mayoría de opiniones sustancialmente coincidentes sobre la solución de la cuestión debatida (Fallos: 342:1155; 338:1335; 338:693; entre otros), he de apartarme, en esta oportunidad, del criterio anteriormente expuesto, por cuanto una consideración conjunta de los agravios articulados en autos posibilita arribar a una solución coincidente, en cuanto a sus efectos, respecto de la aplicación al caso del art. 167, inciso 2°, del Código Penal.

En tal inteligencia, el planteo subsidiario efectuado sobre el punto por la defensa guarda sustancial analogía con la cuestión tratada por el suscripto, entre otros, en los precedentes **“Iturbe de los Santos”** (Reg. n° 293/19, Sala III, del 25.3.19, voto del juez Huarte Petite), **“Ibarra”** (Reg. n° 1021/19, Sala III, del 5.8.19, voto del juez Huarte Petite) **“Díaz Currea”** (Reg. n° 1035/19, Sala III, del 5.8.19, voto del juez Huarte Petite), y **“Catiba”** (Reg. n° 1135/19, Sala III, del 22.8.19, voto del juez Huarte Petite), motivo por el cual entiendo que aquél debe tener favorable acogida.

En efecto, en los citados fallos consideré que la sola intervención de tres o más personas en la ejecución del delito de robo





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 72983/2015/TO1/4/CNC2

no agrava por sí sola el tipo penal del artículo 164 del código de fondo.

Recordé allí que tal como lo había sostenido reiteradamente como integrante del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n°1, junto con el Dr. Vázquez Acuña, y en esta cámara a partir del precedente “Feres” (Registro n° 1099/17, del 30.10.17), a cuyos fundamentos cabe aquí remitirse en beneficio a la brevedad, el concepto “banda” al que hace referencia la norma mencionada debe entenderse con arreglo a la definición que, al utilizar ambos términos como sinónimos (mediante la utilización de la partícula “o”), proporciona el artículo 210 del Código Penal, esto es, como una “asociación de tres o más personas destinada a cometer delitos”.

No obstante ello, a modo de síntesis he de decir que en tales ocasiones consideré también que cabía tener por reproducido, por iguales razones de brevedad, lo expuesto por el Dr. Lejarza en su voto en el plenario “Coronel, R.A.”, Fallos Plenarios, 1107, del 7663, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, a lo que debía añadirse el contenido de los fundados votos de los Dres. Madueño, Donna y Oubiña en el fallo plenario 111 de la misma Cámara, de fecha 4 de septiembre de 1989.

En lo sustancial, expliqué allí que admitir que la “banda” mencionada en los artículos 166, 167 y 184 pudiese estar constituida por tres personas reunidas ocasionalmente (aunque con un cierto grado de organización y división de tareas), para la comisión de un hecho concreto, significaba consagrar una forma de concebir el tipo penal que resultaba violatoria del principio de legalidad sentado por el artículo 18 de la Constitución Nacional Sin pretender agotar con ello el tema, pues bastaría con la remisión ya efectuada a la doctrina, en el sentido propuesto por el suscripto, que surgía de los citados fallos plenarios, dije que la interpretación contraria prescindía de una inteligencia de la norma que tenga en cuenta sus antecedentes



históricos, en especial, el informe de la Comisión de Códigos del H. Senado al momento de tratar el Código Penal sancionado por la ley 11.179 en cuanto propició la supresión (admitida por el plenario legislativo), de la definición que el artículo 78 proyectado brindaba al concepto de “banda”, al considerarla innecesaria por cuanto tal término ya estaba definido “con toda precisión” (sic) en el artículo 210 del Proyecto.

Así las cosas, sostuve que no parecía razonable remitirse al lenguaje usual para definir el concepto de “banda”, ni tampoco (sobre la base de su eventual consideración como delito complejo), a la comparación de las escalas penales previstas para los tipos penales involucrados, ni a la posterior elevación de la escala penal, para los jefes u organizadores, en el tipo de asociación ilícita, ni por último, a otros antecedentes históricos, cuando la versión legislativa a que se llegó finalmente, no modificada a la fecha, sólo proporcionó como definición normativa, apta para completar el tipo penal en cuestión, la que aquí proponemos.

Precisé igualmente que era cierto que la posición aquí adoptada podía ser objeto de críticas. Empero, referí que autores como Soler, si bien se hacían eco de las objeciones, por lo cual propiciaron en su momento su reforma, concluyeron en que, a la luz del texto legal vigente, ninguna otra inteligencia era posible (conf. “Derecho Penal Argentino”, T. IV, págs. 233 y ss., TEA, Buenos Aires, 1978).

Por último, expliqué que debía señalarse claramente que las objeciones basadas en que la posición aquí tomada implicaría no tener en cuenta, como circunstancia agravante, la pluralidad de intervinientes en el hecho (lo cual disminuye las posibilidades de defensa de las víctimas, al infundirles mayor temor, y torna el hecho mucho más odioso para ellas, y mucho más fácil de consumir para sus autores), omitía que, dada la amplia escala penal prevista para el robo simple (de un mes a seis años de prisión), los artículos 40 y 41 del





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 72983/2015/TO1/4/CNC2

Código Penal (básicamente, el inciso 1° de esta última disposición), posibilitaban individualizar la pena concreta de una forma que tuviese en cuenta la situación atravesada por los damnificados.

Y aún más, puntualicé que con arreglo a la posición aquí adoptada, a la comisión de robo “en banda”, tal como la hemos concebido, al concurrir materialmente con la prevista en el artículo 210 del Código sustantivo (artículo 55, *ibídem*), le será aplicable una escala penal superior a la establecida exclusivamente por el tipo respectivo de robo “en banda”, pues tal parecía una consecuencia lógica de la gravedad de las acciones así incriminadas, por la pluralidad de bienes jurídicos afectados.

En el *sublite*, asiste razón a la defensa en cuanto, conforme la prueba reunida y valorada por el tribunal *a quo*, no se han agregado elementos de juicio que posibilitaran concluir, con el grado de certeza que una sentencia condenatoria requiere, que Castro hubiera tomado parte en el hecho que se le atribuye en el marco de una “asociación de tres o más personas destinada a cometer delitos” con arreglo a lo establecido en el artículo 210 del Código Penal, con los elementos de cierta permanencia y mínima organización interna que tal clase de “asociación” requiere.

Consecuentemente, a mi juicio, corresponde modificar la calificación legal en el sentido indicado al inicio de este acápite y, en razón de ello, analizar si el nuevo encuadramiento legal deberá tener (o no), incidencia en el caso para modificar el monto punitivo impuesto.

Al momento de individualizar la pena el tribunal valoró que: “...para graduar la sanción a imponer a Castro tendré en cuenta las pautas de mensura contenidas en los arts. 40 y 41 del Código Penal.

A tal fin, he de considerar la naturaleza de las acciones imputadas al causante y con las cuales se cometieran los ilícitos, especialmente en su caso la modalidad y los medios utilizados para



concretar dicho acto disvalioso, específicamente la fuerza en las cosas, como así también la consecuencia directa que irrogaran tales conductas típicas, y como derivación también de ello los peligros que fueran generados para bienes jurídicos por tales acontecimientos.

De igual modo, se ha de valorar puntualmente la edad, en cuanto al aspecto cognitivo del causante, su educación en lo atinente al grado cultural que cabe asignarle en relación directa a dicho disvalor de acción, las costumbres relativas al núcleo socioeconómico del que deriva parcialmente condicionantes de su accionar como pauta cultural en lo afectivo y volitivo, lo que a su vez trasunta por igual valorada conducta asumida por el citado, luego de haber acaecido el evento que constituye el objeto procesal del legajo.

Dentro de tales parámetros se han de observar concretamente las motivaciones que determinaran el obrar delictivo analizado, circunscripto ello a las carencias tanto económicas como afectivas que ciñeran el desarrollo de las vivencias de las que fuera objeto el citado, y los inconvenientes que todo ello, pudiera generar para que el aludido lograra en legítimos términos su sustento y el del entorno familiar, en proyección a su núcleo social.

Ya en lo que se refiere, específicamente a los principios de autoría y participación en hechos delictuales corresponde efectuar una clara valoración en cuanto al rol, que desplegara el causante para lograr los ilícitos en cuestión, y en tal sentido los consecuentes antecedentes que pudieran obrar al respecto condicionantes de ello.

Por otra parte, de igual modo cabe hacer referencia a todas las condiciones personales que signaran el desarrollo de la vida del inculpado, la posible influencia de los vínculos interpersonales que fueran el tejido social con el que se vinculara y en el que se desarrollara.

De igual forma, se han de ponderar todas las circunstancias de modo, tiempo y ocasión en que se desplegaran las conductas típicas asignadas tendientes a delimitar el grado de disvalor de las





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 72983/2015/TO1/4/CNC2

acciones descriptas y el consecuente grado de reprochabilidad y exigibilidad de una conducta distinta que cabe en tal concepto exigir del causante.

Castro proviene de un grupo familiar legalmente constituido, conformado por sus padres y cinco hermanos, residentes de una zona rural en la provincia de Tucumán, conocida como Villa Mariano Moreno. Aproximadamente hace unos quince años la familia migro a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en busca de mejores oportunidades laborarles, asentándose en forma definitiva en la ciudad de la Boca. Desde muy joven mantuvo una convivencia esporádica con su familia de origen, ello debido a las institucionalizaciones sufridas y a sus relaciones de pareja. Su vida estuvo signada por situaciones de vulnerabilidad social debido a su precariedad educativa y laboral. La falta de contención paterna ha derivado en el consumo de sustancias psico-activas, del que logró reponerse en forma autónoma.

En el plano educativo el joven estudió hasta 2° año del ciclo secundario en una escuela pública de su pueblo natal, desertando luego ante la necesidad de comenzar a trabajar para colaborar con la economía familiar.

En lo que respecta al plano laboral el joven comenzó a trabajar desde muy joven en tareas relacionadas con el área rural, colaborando por ejemplo en el levantamiento de cosechas. Luego al mudarse a la ciudad trabajó como ayudante de plomero y de gasista, junto a un vecino especialista en esas actividades. Posteriormente y debido a una demanda en el mercado laboral, comenzó a colaborar con su padre en el taller de bicicletas que éste posee en el barrio de La Boca, cumpliendo allí el horario de 8 a 18 horas aproximadamente. Sin perjuicio de ello, continúa haciendo changas como ayudante de gasista y plomero. El ingreso económico mensual del joven sería de aproximadamente \$ 3.500 con los que muy



ajustadamente cubre los gastos familiares. En su tiempo libre practica boxeo junto a su padre y comparte momentos con su pareja.-

En cuanto a la vivienda, el joven vivía en un hotel tipo pensión ubicado en el barrio de San Cristóbal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en donde alquilaba una habitación con baño y cocina compartidos. El inmueble se encontraba en buen estado de conservación y contaba con todos los servicios básicos. Hacia fines de 2015 abonaba aproximadamente la suma de \$ 2800 mensuales.

Sin embargo, en ocasiones y únicamente por cuestiones económicas suele compartir la vivienda de sus padres ubicada en el barrio de La Boca.- No posee problemas de salud, siendo su estado general bueno. Si bien supo tener algunas dificultades con el consumo de sustancias, lo cierto es que por su propia voluntad, con la ayuda de amigos y de su pareja logró alejarse de esas situaciones de riesgo.

Asimismo, debo considerar que según las constancias de autos el nombrado Castro posee otros antecedentes condenatorios (conf. fs. 407/414, 435/437 y 439/472), he de valorar también la impresión tomada del causante en la audiencia de conocimiento personal, las demás pautas que surgen de la lectura de estos actuados, de su legajo de personalidad, y los presupuestos de los arts. 40 y 41 del Código Penal de la Nación..." (fs. 11/12).

Así las cosas, con motivo del cambio de calificación aquí propuesto, como circunstancia agravante debe valorarse la intervención de tres personas en la comisión del hecho puesto que la concurrencia de tal número de sujetos en la ejecución del robo facilitó claramente su accionar.

Esta característica del suceso se inscribe en la consideración de la naturaleza de la acción como elemento de trascendencia a ponderar (art. 41, inciso 1º, Código Penal), y se vincula con la gravedad del hecho en tanto se trata de la manera concreta en que se





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 72983/2015/TO1/4/CNC2

efectuó el comportamiento típico, aspecto que puede y debe ser valorado al momento de medir la intensidad del reproche penal.

Por consiguiente, entiendo que las circunstancias previamente desarrolladas, si bien no alcanzan a tener por verificados los requisitos de la agravante “banda”, sí justifican razonablemente, en el caso, concluir en un mayor grado de intensidad en la afectación al bien jurídico vulnerado, según el modo en que el episodio se desarrolló. Ello, y las demás condiciones objetivas y subjetivas valoradas por el Dr. Jantus en el acápite III de su voto, las que doy aquí por reproducidas en beneficio a la brevedad, me lleva a coincidir con el monto punitivo propuesto por dicho Magistrado en este punto.

De igual manera, la solución que aquí se adopta repercute también en el monto de pena única, el que debe ser disminuido conforme el método compositivo aplicado por el *a quo*. Por consiguiente, acuerdo también con el colega Jantus en el *quantum* punitivo que él propone en su voto sobre este aspecto.

IV. Por su parte, la queja vinculada a la mantención de la declaración de reincidencia del imputado, excediendo los límites del pacto abreviado, guarda sustancial analogía con aquélla recientemente tratada en el precedente “**Barboza**” de este colegio (Reg. n° 1133/19, Sala III, rta. 26.8.19, voto del juez Huarte Petite), al igual que en el caso “**Castellano Puicón**” (Reg. n° 1177/18, rta. 24.9.18, voto del juez Huarte Petite), criterio que reiteraré en “**Pereyra**” (Reg. n° 340/19, rta.: 27.3.19, voto del juez Huarte Petite), a través del cual, luego de fijar mi postura acerca de la constitucionalidad del instituto de la reincidencia (art. 50, CP, con cita de reg. n° 1002/17, “**Gauna**”, del 13.10.17), recordé que en este último decisorio sostuve además, que “...para los casos en que se concluya en la existencia de la condición de reincidente en el imputado (cumplido el debido proceso en el que, obviamente, tal carácter debe ser acreditado por quien lo invoca, y debidamente debatido para afirmárselo o negárselo por el órgano



jurisdiccional), el legislador ha derivado de ello una consecuencia más grave, y la declaración que se hace de tal carácter sólo tiene por objeto precisarla para el caso concreto...”.

Por todo lo cual entendí allí que frente a la declaración de reincidencia impuesta en la sentencia, sin que hubiese mediado petición de la parte acusadora, la asistencia técnica del imputado se había encontrado sorprendida y a la vez impedida de contradecir u oponerse a una eventual decisión en ese sentido; en definitiva, se había visto imposibilitada de ejercer adecuadamente su defensa y de diseñar una estrategia al respecto.

En dichos precedentes también mencioné que tal criterio resultaba coincidente con el plasmado por el juez García en el caso **“Piedrabuena”** (Reg. n° 389/16, Sala I, del 23.5.2016), luego acompañado por el juez Bruzzone en **“Villazante”** (Reg. n° 96/18, Sala I, del 20.2.2018), acerca de que en todo proceso en el que se concluya en la declaración de reincidencia del imputado *“...debe asegurarse un procedimiento que permita el ejercicio de la defensa, que incluya al menos la posibilidad de contradecir que se encuentran satisfechos los presupuestos de hecho y legales para su declaración...”* (voto del juez García), al igual que *“...la posibilidad de expedirse, discutir y replicar sobre la posible aplicación del instituto...”* (voto del juez Bruzzone).

En sentido análogo se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente **“Mayo, Miguel Ángel s/recurso extraordinario”**, sentencia del 21 de abril de 2015, CSJ 25/2013 (49M)/CS1.

Allí la Cámara Federal de Casación había anulado la decisión de un tribunal oral federal por la que, al resolver un pedido de libertad condicional, había declarado que el condenado era reincidente y que ello obstaba al pedido. La Cámara había declarado que el tribunal oral carecía de competencia para declarar reincidente al condenado en el





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 72983/2015/TO1/4/CNC2

momento procesal en el que lo hizo –a saber, durante la etapa de ejecución de la pena, y afirmado que el momento oportuno para hacerlo habría sido al dictar la sentencia de condena después del debate.

El Procurador Fiscal ante la Corte dictaminó que no había base legal para lo decidido, señalando que el Código Procesal Penal de la Nación reglamenta, para la etapa de ejecución penal, un procedimiento para la evaluación, concesión, rechazo y revocación de la libertad condicional que resulta propicio para resolver la cuestión de la reincidencia: un procedimiento contradictorio, en el que el tribunal cuenta con amplias atribuciones de producción probatoria sobre las condiciones de cumplimiento de la condena actual y sus antecedentes, y cuya decisión es impugnabile por la vía del recurso de casación (confr. Artículos 491 y 505-510 del Código Procesal Penal de la Nación). Sobre esa base había así concluido que, al anular la decisión del tribunal oral sin apoyo alguno en el derecho vigente, el pronunciamiento de la Cámara Federal de Casación Penal había incurrido en arbitrariedad.

La Corte Suprema revocó la decisión por remisión al dictamen del Procurador Fiscal.

La doctrina que surge de los pronunciamientos mencionados hasta aquí resulta aplicable, también, a los supuestos de juicio abreviado.

En efecto, respecto de la condena dictada en exceso de aquello que había sido petitionado por la parte acusadora en el marco de tal procedimiento, he tenido oportunidad de referirme a la cuestión en diversas ocasiones en que se objetó la imposición, por fuera de lo que había sido expresamente convenido por las partes en el respectivo acuerdo, de una pena de decomiso (así, entre muchos otros, en los precedentes “**Ruso**” de esta Sala, reg. n° 369/2018, rta. 10.04.18, voto del juez Huarte Petite; “**Holowinsky**”, reg. n° 248/2018, rta. 14.3.18,



voto del juez Huarte Petite), o de reglas de conducta con arreglo al artículo 27 bis del Código Penal (así, entre otros, en los precedentes “Urios”, reg. n° 334/2018, rta. 3.4.18, voto del juez Huarte Petite, y “Ferrari Olivera”, reg. n° 747.2018, rta. 26.7.18, voto del juez Huarte Petite).

Allí, entre otros fundamentos (a los cuales cabe remitirse en beneficio a la brevedad), consideré acertada la línea argumental trazada por el juez Bruzzone a partir de su voto disidente como integrante de la Sala de Turno (Reg. S.T. 519/15, del 10.7.2015), en cuanto analicé la eventual aplicación del decomiso o de la imposición de una regla de conducta en los casos de juicio abreviado como una consecuencia jurídica que, según las circunstancias fácticas de cada proceso, devenía ineludible en el supuesto de recaer condena, pero que debía ser, de todos modos, “dada a conocer” por el Fiscal y el Tribunal con anticipación al dictado de la sentencia, para posibilitar al imputado, de ese modo, un conocimiento completo sobre todas las consecuencias que a su respecto podrían derivarse de mantener su decisión de ser juzgado con arreglo al procedimiento de juicio abreviado, y permitirle, en consecuencia, desistir de ello si estimase su inconveniencia.

Ello, con el objeto de asegurar que su libre consentimiento al respecto continuase vigente, aún pese a anoticiarse de la eventual imposición de una sanción de contenido más grave que aquella que había sido acordada oportunamente, pues en tales supuestos, en que el imputado acepta la pretensión de la Fiscalía en todos sus términos, se requiere consecuentemente, dada la renuncia de aquél a la realización de un juicio en el que podría resistir con amplias facultades de defensa el avance de la imputación, que de modo compensatorio, la decisión jurisdiccional, en virtud, justamente, de dicha renuncia a un derecho constitucional, no exceda en modo alguno lo pactado en el acuerdo suscripto.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 72983/2015/TO1/4/CNC2

Cabe agregar ahora que dicha línea jurisprudencial, en el sentido de la necesaria puesta en conocimiento del imputado de toda eventual consecuencia más gravosa, fue continuada, ya concretamente en lo atinente a la declaración de reincidencia dictada por un tribunal pero que no había sido requerida por la Fiscalía en el marco de un juicio abreviado, en los precedentes “**Coronel**”, Sala I, reg. 581/2016, rta. 8.8.16, y “**Sturla**”, Sala I, reg. 597/2016, rta. 10.8.16, y fue recogida por el suscripto, en una situación fáctica análoga a la que aquí se presentó, en el decisorio “**Abreliano**” del 29 de marzo ppdo., reg. n° 363/19 (voto del juez Huarte Petite), al igual que en el ya mentado “**Pereyra**”.

Por lo expuesto, acompaño al juez Jantus en la solución que propone en el segundo acápite de su voto y, al igual que él, entiendo que resulta inoficioso el tratamiento del resto de los agravios presentados por la defensa en su escrito recursivo.

V. Sentado cuanto antecede, voto por:

A. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar parcialmente la decisión recurrida, modificar la calificación legal del hecho por el que recayó condena contra Castro, el cual resulta constitutivo del delito de robo simple tentado en calidad de coautor;

B. Fijar la pena impuesta por ese hecho en diez meses de prisión de efectivo cumplimiento (artículos 40, 41, 45 y 164 del Código Penal, y 470 del Código Procesal Penal de la Nación);

C. Reducir la pena única aplicada, fijándola en un año de prisión de efectivo cumplimiento, comprensiva de la sanción antes enunciada, y de la pena única de ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 21 en las causas N° 4942/4950 (artículos 474 CPPN);

D. Anular el punto VII de la sentencia recurrida por el que se mantuvo la declaración de reincidencia del condenado Castro (art. 50



del Código Penal y 471 CPPN), todo ello sin costas (art. 530 y 531 CPPN).

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:**

I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa, **CASAR** parcialmente la sentencia impugnada, **MODIFICAR** la calificación legal del hecho por el cual recayó condena contra Castro, que resulta constitutivo del delito de tentativa de robo simple, y **REDUCIR** la sanción impuesta respecto de ese hecho, la que se fija en diez meses de prisión de efectivo cumplimiento, y la pena única dictada, la que se determina en un año de prisión de efectivo cumplimiento –comprensiva de la mencionada anteriormente y la pena única de ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento, impuesta el 13 de julio de 2016 por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 21 en el marco de las causas nro. 4942/4950- (artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa, **ANULAR** el punto dispositivo VII de la sentencia recurrida y, en consecuencia, **DEJAR SIN EFECTO** el mantenimiento de la declaración de reincidencia de Castro (artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación)

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

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, 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.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 72983/2015/TO1/4/CNC2

ALBERTO HUARTE PETITE

MARIO MAGARIÑOS

PABLO JANTUS

-en disidencia-

Ante mí:

GUIDO WAISBERG
SECRETARIO DE CÁMARA

