



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

Reg. n° 1002/2017

///nos Aires, 13 de octubre de 2017.

VISTOS:

Para resolver el recurso de casación interpuesto en la causa CCC 70559/2014/TO1/CNC1, caratulada ‘[REDACTED] y otro s/ robo’.

RESULTA:

I. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 19 de esta ciudad, mediante la sentencia de fs. 612, cuyos fundamentos obran a fs. 626/638, resolvió: “I.- *RECHAZAR el planteo de INCONSTITUCIONALIDAD respecto del artículo 50 del Código Penal, introducido por el Sr. Defensor Público Oficial Coadyuvante, Dr. Carlos Seijas. II.- CONDENAR a [REDACTED] (...), a la pena de TRES AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito robo agravado por haber sido cometido con escalamiento (artículos 12, 29 inciso 3°, 40, 41, 45 y 167 inciso 4° en función del artículo 163 inciso 4° del Código Penal). III.- DECLARAR REINCIDENTE a [REDACTED] (...) (artículo 50 del Código Penal)”.*

Por otra parte, con posterioridad, resolvió: “I.- *CONDENAR a [REDACTED] (...) a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN EN SUSPENSO Y COSTAS, por considerárselo coautor penalmente responsable del delito de robo simple reiterado en dos oportunidades, en concurso real con robo simple en grado de tentativa, en concurso real con robo agravado por haber sido perpetrado con escalamiento, de conformidad con los artículos 29 inciso 3°, 42, 44, 45 y 164 del Código Penal.- II.- IMPONER a*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

I. La defensa de [REDACTED] interpuso recurso de casación e inconstitucionalidad contra la sentencia obrante a fs. 621, cuyos fundamentos lucen agregados a fs. 626/38.

En primer lugar se agravió por arbitrariedad del juzgador en la valoración de la prueba para fundar diversos aspectos del fallo, en particular, los referidos a la calificación del hecho investigado y al grado de consumación del delito.

En ese sentido, sostuvo que no es posible apartarse de la versión brindada en la confesión de [REDACTED] en la cual afirmó que no ingresaron al inmueble por la ventana sino por la puerta, y que se ha ignorado por completo la valoración de la pericia solicitada como instrucción suplementaria, en la que se estableció que la parte de la ventana por donde el tribunal tuvo por probado que ingresaron y sacaron los bienes sustraídos presenta una apertura máxima de 15 cm, claramente insuficiente para que pase un cuerpo humano y mucho menos para que saquen por allí al menos dos de los elementos cuya sustracción le atribuyó el fiscal en su acusación, invirtiendo de ese modo la carga de la prueba.

Adujo asimismo, que en el fallo, por un lado, se tiene por probado que en atención a las dimensiones de los elementos sustraídos, los sacaron por la puerta y, párrafo de por medio, se afirma que los sacaron por la ventana. Que esta doble afirmación del tribunal, no solo importa una modificación sustancial y determinante de la plataforma fáctica, sino también una flagrante violación al principio de no contradicción que forma parte de las reglas de la sana crítica que gobiernan la valoración de la prueba.

Explicó que en su indagatoria, [REDACTED] refirió que fueron unos conocidos del barrio los que le dijeron que había cosas para robar en esa empresa, al tiempo que pasaban con objetos en su poder (probablemente los efectos aquí denunciados), y que no encuentra otra



explicación a la falta de los bienes sustraídos, dado la imposibilidad de aseverar, sin dudas, que los hayan sacado por la ventana. Que en este escenario que no logró desvirtuarse, la conducta de [REDACTED] es independiente de la de los otros sujetos, por lo que su accionar quedó en grado de conato.

Afirmó que resulta suficiente que [REDACTED] haya presentado una versión posible de las cosas, y si no se logró como en el caso desvirtuarla, su convalidación se impone, y en consecuencia corresponde estar a la calificación más favorable a su pretensión: hurto simple en grado de tentativa.

Igualmente, sostuvo que no se encuentra acreditado el empleo de fuerza en las cosas exigido por el tipo penal de robo. Al respecto expresó que al no poder acreditarse con la certeza exigida cuál había sido la intención de ir hacia el cuarto ubicado en el piso superior (si fue para sustraer elementos, o para ocultarse), debe descartarse por completo que hayan ingresado en ese lugar con fines de robo. Así entonces, según su modo de ver, no queda configurado este último delito pues para que ello ocurra la fuerza en las cosas solo agrava el hurto cuando se emplea para apoderarse del objeto, a diferencia de lo que ocurre con la violencia en las personas que alcanza todas las etapas de este tipo penal.

Que por las mismas razones, tampoco podría calificarse de ese modo (art. 164 *ibidem*) en razón de la rotura de la piletta del baño pues, en la hipótesis que presenta el tribunal, ello constituiría un accionar culposo al apoyarse en ella al descender cuando ingresaban –según la hipótesis de condena-; o al intentar egresar –conforme la hipótesis presentada por la defensa–. Pero en cualquiera de ellas, la fuerza no fue utilizada para el apoderamiento, de modo tal que no resulta idónea a los fines de imputarle el delito de robo.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

En segundo término, y en lo referente a la declaración de reincidente de su asistido, planteó un supuesto de errónea interpretación de la ley sustantiva:

Al respecto, refirió que durante su alegato postuló dos líneas de defensa con relación a la declaración de reincidencia de [REDACTED]. La primera fue que no resultaba aplicable en el caso concreto porque la fiscalía no había probado que aquél había recibido un tratamiento penitenciario suficiente –no llegó al período de prueba del régimen penitenciario-; y el segundo, fue la tacha de inconstitucionalidad de ese instituto, pero ninguna de las dos cuestiones obtuvo respuesta.

Indicó que si bien es cierto que su asistido cumplió pena como condenado, ello no es suficiente para su declaración de reincidente, y que no se ha efectuado medida de prueba alguna en orden a determinar la evolución que [REDACTED] habría alcanzado en la progresividad del régimen penitenciario respecto de la condena del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 18.

Agregó que el fiscal no arrió al debate pruebas que permitan desautorizar la postura que presentó durante su alegato, relativa a que el cumplimiento parcial a que alude el art. 50 del C.P, se refiere como umbral mínimo al ingreso del condenado al período de prueba.

Entiende entonces, que dado que el razonamiento del tribunal pone en evidencia una postura contraria a la inteligencia que entiende correcta del art. 50 del C.P, existe un motivo de agravio que merece tratamiento a la luz del inciso 1° del art.456 del Código adjetivo.

Señaló que no se trata de una mera permanencia en prisión, sino de que [REDACTED] haya podido recibir el tratamiento penitenciario suficiente, y la única forma de objetivar ese progreso, es a través del avance en sus distintas etapas del tratamiento. Ello es lo que surge de las instituciones de nuestra ley penal, puesto que la concepción legal



penitenciaria, al no poderse tomar como modelo de política “resocializante”, no permite determinar, más allá de lo enunciativo, etapas de “cumplimiento” (citó en ese sentido el voto del Dr. Jantus en la causa n°51221/13 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 “Aquino y otros” que se remite a su vez al fallo “Belisone” del Tribunal Oral de Menores n° 1).-

En relación al planteo de inconstitucionalidad del instituto, sostuvo que sin perjuicio del precedente “Arévalo, Martín Salomón” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (rta. el 27/05/2014, A. 558. XLVI. RHE), esta Cámara se ha pronunciado en sentido diverso en las causas “Obredor” (causa n° CCC 25833/2014/TO1/2/CNC1, “Legajo de ejecución penal en autos Obredor, Mariano Pablo por robo con armas en tentativa”; rta. 4/8/15, reg. n° 312/2015) y “Cajal” (proceso n° CCC 31507/2014/TO1/CNC1, rta. 14/08/15, reg. n° 351/2015), sobre la base de una fundamentación superadora de aquella sostenida por el supremo tribunal, citando, concretamente, los votos de los Jueces Magariños y Niño en dichos fallos.

En coincidencia con dichos precedentes, entiende que la reincidencia resulta contraria a la primera parte del art. 19 de la Constitución Nacional, por lo que solicita tal declaración.

II. Por su parte, el Dr. Maximiliano Dialeva Balmaceda, letrado defensor de [REDACTED] se presentó en la oportunidad prevista por el artículo 466 del Código Procesal Penal de la Nación y planteó la nulidad del fallo cuestionado por afectación al principio de imparcialidad, pues entiende que el tribunal debió apartarse de juzgar a su asistido [REDACTED]

Mencionó en ese sentido, que respecto del coimputado [REDACTED] el 14 de septiembre de 2015 se llevó a cabo el juicio oral, no así respecto de su asistido [REDACTED] quien por no concurrir al mismo, fue declarado en rebeldía. Explicó que el 20 de octubre de 2015 se dictó sentencia





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

respecto de [REDACTED] cuyos fundamentos fueron leídos el 27 de octubre siguiente, y que el 25 de septiembre de 2015, con anterioridad al dictado de la sentencia, pero luego de realizado el debate, [REDACTED] fue habido y suscribió un acuerdo de juicio abreviado, que terminó siendo resuelto por el mismo tribunal que ya se había pronunciado de modo definitivo por la situación procesal del coimputado, por lo que la intervención de los mismos jueces en el juzgamiento de su defendido, violentaba las garantías de defensa en juicio, debido proceso y juez imparcial.

En el caso, sostuvo, el tribunal no sólo recogió los hechos descriptos en el requerimiento de elevación, en los que se hacía referencia a la intervención de [REDACTED] sino que además valoró los dichos de [REDACTED] quien durante el juicio reconoció haber actuado junto con su asistido.

En lo atinente a los agravios referidos a la valoración de la prueba y la calificación legal escogida por el tribunal, se remitió a los expuestos por la defensa del coimputado [REDACTED]

III. Al momento de fallar respecto de [REDACTED] el tribunal tuvo por probado (fs. 636 vta.), que *“el día 9 de marzo de 2015, pasadas las 23:00 horas, [REDACTED] junto a otra persona, se apoderaron ilegítimamente, mediante empleo de fuerza y escalamiento, de una computadora de escritorio marca “Hewlett Packard”, un DVD con su monitor y un dispenser de agua, propiedad de la firma “Verotin Logística S.A.” sita en la calle Agustín Magaldi n° 1880, de esta ciudad. Ambos accedieron a la empresa mencionada, trepando e ingresando por un ventiluz que se encuentra en altura, encima de la ventana del baño (que comunica el inmueble con la calle Luján) y sustrajeron de allí los elementos de valor mencionados, los cuales sacaron por dicho ventiluz. Al ingresar el preventor, tras haber sido llamado por el sereno del depósito quien escuchó ruidos*



dentro del mismo, notó que la puerta de acceso al cuarto que se encuentra en el piso superior, había sido abierta a golpes, presentando daños en la zona de la cerradura, habiendo encontrado allí a [REDACTED] y su compañero, quienes estaban escondidos tras unos rollos y unas cajas de cartón, motivo por el cual se procedió a su inmediata detención”.

Por otra parte, cuando debió resolver la situación de [REDACTED] [REDACTED] el tribunal se remitió al hecho descrito en el requerimiento de elevación a juicio.

IV. En la búsqueda de la verdad en el proceso, el juez tiene a su alcance diversos medios probatorios y según nuestro ordenamiento su valoración se rige por las reglas de la “sana crítica”, que no son otras que la lógica más elemental, el sentido común y las máximas de la experiencia.

Ha sido el legislador quien ha confiado esta facultad al magistrado (arts. 241, 263 inc. 4°, y 398, 2° párrafo, del C.P.P.N.), y nuestro máximo Tribunal se ha hecho eco de sus implicancias; en tal sentido ha expresado que “...el examen de un proceso exige al juez valorar la concatenación de los actos, de acuerdo con la sana crítica racional y atendiendo a las reglas de la lógica...” (Fallos 311:2045; 302:284, entre muchos otros).

En consecuencia, a partir de este sistema -superador de los métodos de “prueba tasada” y de la “íntima convicción”-, el juez puede admitir cualquier medio de prueba que, no habiendo vulnerado garantía constitucional alguna en orden a su adquisición, estime útil y pertinente para comprobar el objeto de conocimiento. Pero ello no implica de ninguna manera un arbitrio exclusivo del juzgador, pues fuera de aquella amplitud referida al principio de libertad probatoria,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

se le impone su valoración, según ya se dijo, conforme a los principios de la sana crítica basándose no en su íntimo convencimiento, sino objetivamente en los más genuinos lineamientos que indican la psicología, la experiencia común y las reglas de la lógica y el recto entendimiento humano.

En esta dirección, corresponde al magistrado elaborar una adecuada ponderación y vinculación de las pruebas reunidas en el proceso, capaces de formar un grado de convicción tal que le permita fallar con certeza. Esa convicción debe ser objetiva y coherente.

Sin perjuicio de todo ello, rige la garantía constitucional, derivada del principio de inocencia, de que sólo la certeza sobre la existencia del hecho criminal, objetiva y coherente con la prueba incorporada, posibilita fundar una sentencia condenatoria (por todos, Maier, Julio B. J., “*Derecho Procesal Penal*”, Tomo I, “*Fundamentos*”, pág. 505, 2da. edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004), manteniendo su vigencia en toda su extensión el principio del “favor rei” en caso de no arribarse a tal juicio de convicción.

Por lo expuesto, el juez tiene la responsabilidad de evacuar toda duda razonable para arribar al dictado de una sentencia condenatoria, pues de lo contrario, prima el citado principio, también conocido como “*in dubio pro reo*” establecido legislativamente en el artículo 3 del Código Procesal Penal de la Nación.

A su respecto, tiene dicho la Corte que la duda es un estado de ánimo del juzgador que no puede reposar en una mera subjetividad, sino que debe derivarse de la racional y objetiva evaluación de las constancias del proceso (Fallos: 315:495, 323:701, entre muchos otros).



En línea con dicha doctrina, se ha sostenido que los estándares de prueba, como el de “la certeza más allá de toda duda razonable”, intentan reducir la subjetividad al máximo posible. Tales estándares “...se insertan en un proceso de valoración racional, y en consecuencia su papel de guías para valorar primero y para justificar después será incompleto si esa valoración y justificación no se acompaña de los criterios racionales exigidos por la confirmación. Y en este aspecto juega un papel fundamental la obligación de los jueces de motivar la sentencia. De esta forma, una decisión jurisdiccional será legítima en tanto sólo una duda bien razonada acredite ser una ‘duda razonable’. En definitiva, no se trata de controlar lo que se enclaustra en la mente del juzgador sino lo que él expresa en su sentencia; y éste será el punto esencial que dirima la cuestión: la necesidad de fundar correctamente la cuestión fáctica de la sentencia que debe constituir un procedimiento intersubjetivo, verificable, que permita reconstruir críticamente los pasos que llevaron al juez a tomar su decisión. En este contexto, duda razonable significa duda razonada, o mejor, duda justificada razonablemente, donde ‘razonable’ equivale a carente de arbitrariedad. La consistencia de la duda no se justifica en sí misma sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena; y a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria...” (conf. C.N.C.C.C., Sala II, 3-9-2015, causa nro. 38.884/14, “Urrutia Valencia, Marcelo Alejandro”, voto del Juez Sarrabayrouse).

Sobre esa base, atendiendo a los hechos que tuvo por probados el Tribunal “a quo”, entiendo que resulta procedente el agravio introducido por la defensa de [REDACTED] [REDACTED] basado en la arbitrariedad de la resolución cuestionada por vicios que atañen a su fundamentación (vinculados con el aludido principio del “favor rei”),





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

y que inciden directamente sobre la calificación legal aplicada y el grado de desarrollo del delito reprochado.

En efecto, de la lectura de la sentencia condenatoria, se advierte que el *a quo* no ha alcanzado el grado de certeza apodíctica que un acto de esa naturaleza requiere, pues no ha logrado fundar su decisión de un modo tal que posibilite rebatir, con dicho grado de certeza, la versión brindada por el imputado durante el debate, y en consecuencia, no ha valorado correctamente la incidencia que de ella podía derivarse para la prueba y consecuente subsunción legal de los hechos.

En tal orden de ideas, debe decirse que [REDACTED] si bien admitió haber ingresado al inmueble en cuestión “con el fin de llevarse cosas para venderlas”, refirió haberlo hecho, junto con el coimputado [REDACTED] por la puerta de entrada, y no por el “ventiluz” sito por encima de la ventana de un baño que comunica la finca con la calle Luján, tal como lo consideró acreditado el tribunal. También señaló que así lo había hecho, luego de que unos conocidos suyos “pasaran con cosas” por dónde él se hallaba, a una media cuadra de ese lugar, y le dijeran que habían dejado “la puerta abierta”. Por último, negó haberse llevado algún elemento de allí y afirmó haber sido detenido al poco tiempo de estar adentro del sitio.

La versión brindada por [REDACTED] no resultaba descabellada pues encontraba un apreciable grado de corroboración en otros datos objetivos que surgían de la prueba reunida durante el juicio, y que no merecieron un trato adecuado por parte del tribunal “a quo”, a saber:

–la mínima apertura que permite el “ventiluz” en cuestión (15 cm según lo expresado en su declaración testimonial de fs. 525 y vta., incorporada por lectura –fs. 634–, por el Sargento Eugenio Daneri), lo cual, según reglas de experiencia común, impediría por completo el ingreso de una persona de talla y masa corporal media como parece



ser la del imputado, pues el “a quo” no precisó cosa alguna al respecto; igualmente, tal grado de apertura imposibilitaría absolutamente que de allí hubiesen sido extraídos algunos de los objetos, de considerable volumen (conforme también a una regla de experiencia), a los que aludió la sentencia como objeto del delito, esto es, una computadora de escritorio y un “dispenser” de agua.

– la versión brindada por el sereno Eliezer Rodríguez Ayala en orden a que esa noche escuchó algunos ruidos extraños, y observó una persona dentro del depósito, por lo cual se asustó, salió del local por una puerta que sólo se puede abrir desde adentro, pero a la cual dejó sin llave, y fue en busca de su primo que estaba a una cuadra y media, demorando entre cinco y siete minutos en tal menester (ver fs. 628/9). Esta versión torna factible igualmente lo dicho por el imputado, pues de ella puede concluirse razonablemente que el sujeto que fue visto por el testigo, al verse descubierto, pudo haber salido del lugar por la misma puerta que lo había hecho aquel instantes antes, la cual pudo haber dejado abierta, posibilitando así el ingreso a través de ella del imputado; también puede concluirse razonablemente de tal indicio, que existió un margen de tiempo suficiente para que, en ausencia de Rodríguez Ayala, [REDACTED] hubiese ingresado allí por ese mismo sitio, tal como él lo señaló.

– por último, el hecho de que pese a haber sido detenidos ambos imputados dentro del local, no se logró el secuestro de los bienes denunciados como sustraídos por el propietario, ni dentro del predio, ni tampoco en sus cercanías, cuando, simultáneamente, no se afirmó siquiera como posibilidad por el *a quo* que otras personas hubiesen intervenido en el hecho.

Así las cosas, a fin de descartar la versión del imputado, los colegas de la instancia anterior debieron fundar exhaustivamente su postura, explicitando y desarrollando, a su vez, cada uno de los





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

elementos que los conducían, fuera de toda duda razonable (descartando de esa forma la hipótesis defensiva), a arribar a la conclusión a la que llegaron.

Ello, sin embargo, no ocurrió. El tribunal mencionó los elementos de juicio que fundaron su decisión, consistentes en los dichos del sereno Rodríguez Ayala en cuanto al alerta que dio a los preventores al momento de divisar intrusos en el inmueble, y la inmediatez entre el aviso y la llegada de aquéllos; lo señalado por los testigos sobre los daños existentes en la puerta de ingreso al cuarto situado en la planta superior de la finca, al igual que la inexistencia de roturas en otros sitios de ingreso al inmueble, lo que llevó a los juzgadores a señalar como “única posibilidad” de acceso “el hacerlo por la ventana del baño ubicado al lado de la oficina de planta baja”; y, por último, valoraron las fotografías y peritaciones incorporadas, que “dan percepción visual de las características de la abertura aludida, aunado ello al faltante de la reja de protección, que sí se encuentran en las restantes, tal como específicamente lo señalara el presidente de la firma”.

Por último, sin hacerse cargo de ninguna de las cuestiones antes mencionadas que había introducido la defensa y a las cuales nos hemos referido en forma precedente, que por su razonabilidad justificaban una respuesta en especial, concluyeron “...Esta reseña nos ubica a [REDACTED] en un contexto de espacio y actividad, distante y distinto al que él refiriera y fuera sustentada por la loable labor del señor Defensor, más a mi criterio, la prueba relacionada descarta la posición asumida en su defensa, por ser las declaraciones testimoniales concurrentes a la vez de presentar una ilación concatenada coherentemente, sin ambigüedades o dudas, a más de no haberse verificado en los testigos ánimos que fueran en desmedro de la situación procesal del nocente y a su vez afirmadas en el plexo probatorio aquí relacionado...”.



En ese mismo sentido, no puede soslayarse que, como también lo destacó la defensa, en cuanto al lugar por donde los imputados habrían extraído los bienes cuyo apoderamiento se les reprocha, la sentencia resulta contradictoria, pues por un lado se afirmó que, dadas las dimensiones de los elementos sustraídos, se los sacó por la puerta de ingreso habitual al inmueble (fs. 636), y por el otro, al describir los hechos probados, se dijo que se los extrajo por el “ventiluz” en cuestión (fs. 636 vta.).

De esta manera, tal como se adelantara, el fallo atacado presenta serias deficiencias en cuanto a su fundamentación en los aspectos señalados, que derivaron en una errónea aplicación de la ley sustantiva al caso.

Pues ante el abanico de posibilidades existente respecto de lo ocurrido conforme a la prueba incorporada al debate (las cuales no conducían razonablemente a la misma conclusión), la elección antojadiza de una de ellas por parte del *a quo*, basada únicamente en afirmaciones genéricas e insuficientes para descartar las restantes, torna al fallo arbitrario y conduce a considerar insostenible la calificación legal a la cual se arribó en él.

En efecto, la situación de duda existente respecto del modo de ingreso y egreso del imputado al inmueble, que el “a quo” no logró despejar racionalmente, según se dijo, lleva a descartar el agravante previsto en el inciso 4° del artículo 167 del Código Penal, en función del artículo 163, inciso 4°, del mismo ordenamiento.

Tal conclusión se extiende también a la aplicación al caso de la figura de robo, en razón de la fuerza en las cosas supuestamente desplegada por [REDACTED] y quien lo secundaba.

Nuevamente, aquí, el *a quo* desarrolla una fundamentación deficiente, pues se limita a sostener en lo que aquí interesa que “se





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

encuentra totalmente probado que [REDACTED] y su consorte de causa, utilizando para ello fuerza en las cosas, procuraron apoderarse de algunos bienes (tales como una computadora de escritorio marca “Hewlett Packard”, un DVD con su monitor y un dispenser de agua) ubicados en el inmueble sito en la calle Agustín Magaldi n° 1880”. Como se observa, no se precisa en lo absoluto, en qué habría consistido dicha fuerza ni sobre qué cosas se habría desplegado.

Aun dando por sentado -en razón de lo que se desprende de la lectura general del fallo- que se refiere a la fuerza ejercida sobre una de las puertas internas del depósito (aquella que permite el acceso al cuarto ubicado en el piso superior de la finca, lugar en el que finalmente fue detenido [REDACTED]), permanece aquí también en el marco de la prueba reunida, la versión brindada por aquél, con arreglo a la cual no puede descartarse, al menos sin lesionar el principio del “favor rei”, que los daños constatados en el interior del inmueble hubiesen sido provocados por el sujeto que habría ingresado al local con anterioridad y que a su vez, habría sido quien en verdad divisó el sereno Rodríguez Ayala. Sobre esta cuestión, vale reiterarlo, el tribunal “a quo” no refirió cosa alguna.

Lo mismo ocurre en lo atinente al grado de consumación del ilícito materia de reproche, pues a las consideraciones previamente detalladas (en especial, la carencia de acreditación de la intervención en el suceso de otras personas distintas a los imputados de autos), se suma que de la descripción de los hechos efectuada por el *a quo*, no surge explicación alguna relativa a la forma en la cual, [REDACTED] y quien lo acompañaba, podrían haber obtenido la libre disposición de los bienes sustraídos, si tenemos en cuenta, por un lado, que los nombrados fueron detenidos en el interior del local, y por el otro, lo voluminoso de los objetos en cuestión, lo cual impide sostener que pudieran haberlos ocultado dentro de aquél.



Consecuentemente, y por aplicación del principio “*in dubio pro reo*”, con el alcance que ya he precisado (pues, en definitiva, los argumentos proclives a la condena en los términos fijados por el “a quo” no presentan suficiente capacidad para desbaratar de modo absolutamente convincente la presunción de inocencia y la propuesta liberatoria al respecto), deben descartarse las calificantes antes mencionadas (escalamiento y fuerza física en las cosas), y considerarse, igualmente, que el hecho sólo alcanzó el grado de conato.

Sólo subsiste debidamente acreditado entonces, con base en la imputación originaria efectuada por la fiscalía y la descripción fáctica que efectuó el tribunal “a quo”, el apoderamiento ilegítimo por parte del imputado (quien así lo admitió en el debate), de cosas muebles que se encontrasen en el interior del local indicado (sin que concurriesen a calificarlo ni el escalamiento ni la fuerza en las cosas), el cual se vio frustrado por motivos ajenos a su voluntad, en tanto fue detenido por personal de la Prefectura Naval Argentina en el interior de la finca, mientras se hallaba oculto en uno de los cuartos ubicados en el piso superior, por lo cual no pudo concretar, debido a tales circunstancias, un poder autónomo de disposición respecto de ninguno de los objetos que allí se encontraban.

La conducta así descrita debe ser encuadrada, entonces, en el tipo penal del art. 162 del código de fondo, en grado de tentativa (art. 42, *ibidem*).

Habida cuenta el impacto que el cambio de calificación auspiciado genera sobre el monto de la sanción a imponer, y a lo que propondré a ese respecto, entiendo que corresponde, por razones de economía procesal, fijar en esta instancia la pena sin acudir al reenvío de las actuaciones a ese efecto.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

En consecuencia, valorando para ello como única circunstancia agravante, tal como lo hicieron los colegas de la instancia anterior “... el aprovechamiento de la hora en que se cumpliera el designio delictivo, que a resultado de las declaraciones fuera durante la noche, en momentos en que no se encontraba en actividad laboral la empresa...”, y considerando como atenuantes respecto de las condiciones del imputado, al igual que aquéllos, “...sus dificultades socio económicas y culturales, conforme lo que surge del informe socio ambiental glosado en el legajo de personalidad...”, encuentro adecuado fijar la pena en un mes de prisión, la que se dará por cumplida con el tiempo que [REDACTED] ha permanecido en detención hasta la fecha.

V. Respecto del planteo de inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal introducido por la defensa, tuve oportunidad de expedirme sobre el punto como juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n°1 de esta ciudad, entre muchos otros, en el precedente “Neme” (causa n°CCC 25936/2015/TO1 caratulada: “Neme, Juan Gabriel s/robo con armas” rta.: 10/04/17, registro interno n°5521 del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n°1), en los términos que a continuación reeditaré de manera completa por ser esta la primer ocasión en que, integrando como subrogante esta Cámara, debo expedirme sobre la cuestión.

V.1. Por derecho penal “del hecho” o “de acto” se entiende una regulación legal en virtud de la cual la punibilidad se vincula a una acción concreta descrita típicamente, y la sanción representa sólo la respuesta al hecho individual, y no a toda la conducción de la vida del autor.

De adverso, el derecho penal “de autor” se verificará cuando la pena se vincule a la personalidad del autor, y serán su asocialidad y el



grado de la misma lo que decidirán sobre la clase y cuantía de la sanción. Lo que hace culpable aquí al autor no es ya que haya cometido un hecho; sólo el que “el autor sea tal”, se convierte en objeto de la censura legal (conf. Roxin, Claus, “Derecho Penal”, Parte General, T. I, pág. 176, Ed. Civitas, Madrid, España, 1997).

Nuestro ordenamiento jurídico, fuera de toda duda, ha establecido un derecho penal “de hecho” o de “acto”, lo cual se deriva directamente, en primer lugar, del artículo 18 de la Constitución Nacional en cuanto dispone que “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al **hecho** del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por ley antes del **hecho** de la causa...” (el resaltado me pertenece).

En forma concordante para lo que aquí interesa, el artículo 19 constitucional establece que “Las **acciones** privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a **hacer** lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe” (el resaltado también me pertenece).

Por último, y también de modo compatible con la normativa hasta aquí citada, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (de jerarquía constitucional –artículo 75, inciso 22, CN), dispone que “Nadie puede ser condenado por **acciones u omisiones** que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable...” (el resaltado me pertenece), y en forma sustancialmente similar lo establece el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de igual jerarquía que aquélla.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

Con claridad meridiana se puede concluir entonces en que toda acción punible debe constituir, necesariamente, un episodio concreto y determinado de la vida (un “hecho”, “una acción u omisión”, “un hacer”), ya que, conforme a las reglas constitucionales referenciadas, el Derecho Penal, en nuestro país, es “de acto” y “no de autor”, y con tal fundamento, a una persona nunca puede imponérsele una pena en cuanto “es”, sino únicamente en cuanto obra o deja de obrar; en definitiva, cuando “hace” algo que la ley prohíbe hacer, o “deja de hacer” algo que la ley ordena hacer.

En esa inteligencia, se ha destacado también el elemental valor del principio de regulatividad y la consiguiente prohibición de las leyes penales constitutivas, presupuesto de la igualdad penal, por cuanto todos los hombres son iguales penalmente en tanto son castigados por lo que hacen y no por lo que son, ya que sólo sus acciones y omisiones, y no su distinta personalidad, pueden ser tipificadas y culpabilizadas. Es que las normas penales constitutivas no prohíben “actuar” sino “ser”, y de ello se deriva su inconstitucionalidad (conf. Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón”, pág. 504, Editorial Trotta, Madrid, España, 1997).

V.2. Encuentro que la disposición aquí analizada resiste el test de constitucionalidad en orden a su compatibilidad con el derecho penal “de acto” antes mencionado.

Directamente vinculado con el diseño constitucional en materia penal hasta aquí expuesto se encuentra el principio de culpabilidad, que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha derivado del mismo artículo 18 ya citado, el cual supone, como requisito ineludible para la aplicación de una sanción, la preexistencia de una acción ilícita que pueda ser atribuida al imputado, tanto objetiva como subjetivamente (entre otros, Fallos: 315:632; 321:2558 y 324:3940).



En dicho principio constitucional puede fundarse también la “culpabilidad” como estrato analítico dentro de lo que se ha llamado la “teoría del delito”.

Existe general consenso doctrinario en que luego de verificarse la existencia de una acción típica y antijurídica, deberá comprobarse si aquélla resulta además “culpable”, para lo cual tradicionalmente se ha dicho que “culpabilidad” es “reprochabilidad”.

Se “reprocha” (esto es, “se reconviene”, “se echa en cara”) a quien realizó una acción de tales características, que se hubiese “motivado” en contra de la norma, cuando hubiese podido comportarse (o “motivarse”) de un modo distinto (acatando la norma).

Desde este punto de vista, se dice usualmente que las normas penales procuran, en lo que aquí interesa, “motivar” a sus destinatarios para que no hagan lo que aquéllas prohíben o cumplan con lo que las mismas ordenan hacer.

En definitiva, en lo que aquí interesa, la norma se dicta con la pretensión de ser observada, y con ello se busca “motivar” a las acciones humanas conforme a aquélla; esto es, según la acepción castellana del verbo “motivar”, se persigue “disponer del ánimo de alguien para que proceda de un determinado modo”.

Es por ello que, en tal inteligencia, se ha dicho que del citado “principio de culpabilidad” se deriva “la posibilidad real de ajustar la conducta individual a los mandatos de las normas jurídicas” (disidencia parcial del Juez Petracchi en Fallos: 316:1190 y 1230, y sus citas).

En los hechos, sin embargo, no se realiza una comprobación en un sentido “positivo” de tal “capacidad de motivación conforme a la norma”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

El análisis de la “culpabilidad” en el sentido que ahora interesa se limita, por el contrario, a la comprobación de si se encuentra presente alguna de las causales generalmente aceptadas que la “excluyen”: capacidad de culpabilidad (o imputabilidad), error de prohibición inevitable, y causas de exculpación o de “inexigibilidad de otra conducta” (Sancinetti, Marcelo A., “Casos de Derecho Penal, Parte General, I, 3° edición reelaborada y ampliada, pág. 78, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2005).

Ahora bien, si se concluye en que la acción típica y antijurídica (que puede denominarse también “ilícito” o “injusto”), es además “culpable”, ello constituirá base suficiente para posibilitar, en la mayoría de las hipótesis (pues podría aún darse, vg., un caso de “excusa absolutoria”), la imposición de una pena.

El ilícito y la culpabilidad resultan ser así presupuestos ineludibles para la punibilidad de una acción, y además, constituyen la base para la determinación, en concreto, del monto de la sanción a aplicarse.

Esto último no podría ser de otro modo, habida cuenta la clara opción por el derecho penal de “hecho” o de “acto” que ha efectuado nuestro ordenamiento constitucional: el hecho es decisivo no sólo para considerar la posibilidad de una pena, sino que la pena debe, además, “adecuarse” al hecho (Ziffer, Patricia S., “Lineamientos de la determinación de la pena”, pág. 120, Editorial Ad Hoc S.R.L., Buenos Aires, 1996).

Las categorías conceptuales de ilícito y culpabilidad en la determinación de la pena no se diferencian del concepto de ilícito y culpabilidad en la “teoría del delito”.

La única diferencia es de perspectiva: ilícito y culpabilidad son “conceptos graduables”, esto es, que admiten diferentes magnitudes.



No obstante ello, en la teoría del delito sólo interesa si se encuentran dados sus presupuestos; en la determinación de la pena, cuál es su intensidad. Este último análisis requerirá, no ya la subsunción de una situación de hecho en un concepto, sino establecer relaciones acerca de la mayor o menor gravedad de ese hecho (conf. Ziffer, Patricia S., op. cit., pág. 121).

De las causas de exclusión de la culpabilidad como estrato analítico en la teoría del delito se derivan los elementos que la componen.

De entre ellos, interesa referirse al denominado “conocimiento virtual de la antijuridicidad”, cuya contracara es el “error de prohibición”, que cuando resulta inevitable (como ya se dijo), excluye la culpabilidad.

Para afirmar esta última (en definitiva, para poder efectuar el pertinente “juicio de reproche”), se requiere un conocimiento potencial, o virtual, de la ilicitud de la acción atribuida.

Ello se deriva de la circunstancia de que, para que el autor tenga la posibilidad de “comprender la criminalidad de su acción” (artículo 34, inciso 1º, del Código sustantivo), es necesario que obre en virtud de una correcta información sobre la forma como el orden jurídico regula su comportamiento.

Volviendo sobre el carácter “graduable” de los elementos que integran la culpabilidad, es generalmente aceptado que, como la posibilidad de “comprensión” a la que alude el artículo 34 citado, implica poder conocer e internalizar las pautas valorativas que llevaron a la sociedad a prohibir u ordenar, bajo amenaza de sanción penal, una determinada conducta, el grado de esfuerzo que el sujeto debió realizar para comprender la criminalidad de su comportamiento





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

es inversamente proporcional a la magnitud del reproche penal que se le formula.

De forma tal que la pauta para la individualización judicial de la pena, en cuanto al elemento aquí tratado, surge de la siguiente relación: a mayor esfuerzo que debió hacerse para alcanzar tal comprensión, menor culpabilidad; siendo, a la inversa, más severo el reproche, si era mínimo el esfuerzo que se requería a ese mismo fin (por todos, Righi, Esteban, “Derecho Penal, Parte General”, pág. 414, 2da. Edición actualizada, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016).

V.3. Sobre tal base, resulta constitucionalmente admisible efectuar un mayor juicio de reproche (de lo que se derivará una sanción de más entidad), a quien, por haber cumplido con anterioridad una pena privativa de libertad, al momento de cometer un nuevo delito conocía más acabadamente el carácter ilícito de su acción y por lo tanto, debía hacer un esfuerzo menor para comprender su antijuridicidad.

En efecto, al dictarse la condena anterior, a aquél se le comunicó fehacientemente, por un órgano judicial constitucionalmente habilitado para hacerlo, que su conducta era considerada ilícita y culpable y que, en consecuencia, debía cumplir una determinada pena privativa de libertad, lo cual, además, fue obligado a hacer.

Cabe preguntarse: ¿sería admisible la alegación de un error de prohibición respecto de quien ha realizado un determinado comportamiento con anterioridad, por el que ya fue condenado y cumplió pena privativa de libertad, y realiza ahora una conducta de similares características a la anterior?.

Si las circunstancias de hecho en cada caso resultan análogas (esto es, si se puede verificar una vinculación entre el hecho -o



hechos- por el que anteriormente cumplió pena el imputado, y aquél -o aquéllos- que constituye el objeto procesal presente, de modo tal que al menos una de las conductas -tanto de las anteriores como de las actuales-, hubiesen lesionado el mismo bien jurídico, a través de la realización de la acción prevista en tipos penales que guarden entre sí, apreciado ello razonablemente, un cierto grado de similitud), se impone la respuesta negativa.

Ello así, pues dado el carácter comunicativo de la sentencia anterior, en modo alguno podía tener una mínima duda, siquiera, sobre el carácter antijurídico de la acción ahora realizada. Por ejemplo, quien cumplió pena privativa de libertad por la comisión de un delito de robo (artículo 164, Código Penal), no tendrá la menor duda sobre la ilicitud del delito de hurto (artículo 162), o de robo con armas (artículo 166, inciso 2º, en sus diferentes modalidades), que luego eventualmente cometiese, pues el bien jurídico sustancialmente lesionado en tales casos es el mismo (propiedad), y se lo vulnera a través de una acción común a todos los tipos penales en cuestión (“apoderarse ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena”).

No se trata en tales casos de que el sujeto haya sido simplemente “anoticiado” de la sentencia condenatoria en su contra, sino de que, efectivamente, cumplió parcial o totalmente, privado de su libertad, la pena que allí se le impuso, por lo cual el mensaje que recibió en el sentido antes expuesto fue suficientemente claro y explícito, de modo que quedó incorporado con firmeza en su experiencia vital.

De la absoluta imposibilidad de admitir allí un error de prohibición, se deriva, contrariamente, la mayor magnitud del conocimiento potencial (virtual) de la antijuridicidad de la acción que





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

en el nuevo proceso se le atribuye y de allí puede generarse, en consecuencia, un mayor juicio de reproche.

V.4. Sostengo así, sin perjuicio de las precisiones que más adelante se efectuarán, que el instituto de la reincidencia regulado en el artículo 50 del Código Penal no resulta violatorio del principio de prohibición de múltiple persecución penal por un mismo hecho (*ne bis in idem*), ni del principio de culpabilidad por el hecho, ni del principio de igualdad ante la ley.

El carácter agravado de la pena privativa de libertad impuesta al reincidente (dado por la imposibilidad de obtener su libertad condicional –artículo 14, *ibídem*), no deriva entonces de la comisión de un hecho anterior por el cual ya ha cumplido pena, sino del mayor contenido de culpabilidad de la acción por la que ahora resulta condenado, en razón de habersele comunicado fehacientemente en aquella ocasión que conductas similares o análogas eran ilícitas, y haber cometido el actual delito, obviamente, en conocimiento de tal ilicitud.

Ello justifica, en consecuencia, la emisión de un juicio de reproche de mayor entidad y puede derivar razonablemente en una pena mayor, por ejemplo, en cuanto a la modalidad de cumplimiento (privación de la posibilidad de obtener la libertad condicional, como ya se dijo).

Con la declaración de reincidencia no se coloca ningún etiquetamiento ni rótulo al condenado.

Simplemente, 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.

La razonabilidad de la decisión legislativa que llevó a la sanción de las normas aquí analizadas puede fundarse entonces de la siguiente manera.

Como ya dijimos anteriormente, la ley penal, como toda otra norma de carácter general, es dictada con la pretensión de ser observada y con ello, en lo que aquí importa, se procura, siempre bajo la amenaza de una sanción penal, motivar que las acciones humanas se adecuen a su contenido, sea no realizando aquel comportamiento que allí se describe (delitos de comisión), sea cumpliendo aquella conducta que se debe llevar a cabo en ciertas circunstancias (delitos de omisión).

En definitiva, y como también ya se dijo, se persigue “disponer del ánimo de alguien” (los destinatarios de las leyes penales), para que “procedan de un determinado modo”, esto es, no transgrediendo sus prohibiciones ni omitiendo sus mandatos.

A tales fines, el legislador, con respeto estricto al principio de culpabilidad de acto, ha considerado, en ese sentido, que “una primer condena penal”, en ciertos casos (artículo 26 del Código sustantivo), opera como un factor de atenuación de la pena (por lo cual posibilita dejar en suspenso la efectiva aplicación de la pena privativa de libertad), mientras que tal atenuación se excluye cuando, por el contrario, el sujeto ya ha cumplido pena privativa de libertad y vuelve a cometer un hecho reprimido con esa misma especie de pena (artículo 50, *ibídem*).

Esta forma de legislar se vincula estrictamente con el juicio de desvalor sobre el hecho: el primero, por regla general, no es tan grave como el que sigue a una condena. Tal punto de vista, así, torna





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

compatible la agravación por la reincidencia “...con el principio de culpabilidad, y lo determinante no es el hecho pasado, sino el actual...” (conf. Ziffer, Patricia, op. cit., pág. 158).

Sobre esa base, si el fin perseguido por la sanción de la ley penal es la adecuación de la conducta ciudadana a sus mandatos y prohibiciones, no aparece en modo alguno como irrazonable que, respecto de aquél a quien se le comunicó fehacientemente la contrariedad de su comportamiento con el orden jurídico (a través de la ejecución forzosa en su persona de una pena privativa de libertad), se predique un mayor contenido de culpabilidad, toda vez que, como ya se dijo, el esfuerzo que debía realizar para comprender la antijuridicidad de su acción era menor que respecto de aquél que nunca antes había sido objeto de tal comunicación.

En efecto, quien pese a la pena efectivamente cumplida vuelve a cometer un delito (como dijimos, de características más o menos similares al que justificó la anterior imposición de pena), tiene una mayor “posibilidad real de ajustar su conducta individual a los mandatos de las normas jurídicas” (Fallos: 316:1190 y 1230, ya citados).

Ello, por cuanto sabe, fuera de toda duda, que la conducta que ahora realiza es contraria al orden jurídico, y por tanto merecedora de pena.

De esta forma, y teniendo en cuenta el ya mencionado carácter graduable de los elementos que componen la culpabilidad (para el caso, el mayor conocimiento de la antijuridicidad al momento de cometer el nuevo delito), se justifica un reproche de entidad mayor, y en consecuencia, una mayor pena.

La decisión legislativa que llevó a establecer consecuencias más graves para quien reincide en el delito luego de haber cumplido pena



privativa de libertad en forma efectiva, aparece entonces como razonable y no violatoria del principio de igualdad ante la ley.

En efecto, nada impide al legislador establecer consecuencias diferentes para supuestos de hecho (el que comete su primer delito y el reincidente) que, como vimos, resultan distintos.

En ese sentido, y con arreglo a la esencia diversa de uno y otro supuesto, tampoco aparece como absolutamente desproporcionado e irrazonable, conforme a los fines que se persiguen obtener (la observancia debida de las normas), establecer un sistema por el cual se beneficia a quien delinque por primera vez con la posibilidad de obtener, dados también los demás requisitos, una suspensión de la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad que correspondiese aplicarle (artículo 26 del Código sustantivo); e inversamente, se es más riguroso con quien, habiendo ya cumplido pena privativa de libertad, comete un nuevo delito para el que está prevista esa misma especie de pena (artículo 50, *ibídem*).

En tal inteligencia, se ha dicho con absoluta claridad que “...el instituto de la condena condicional previsto en el artículo 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 artículo 18 de la Constitución Nacional...”, e igualmente, “...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





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

pena no excede de cierto límite, o cuando no provoca mayor peligro de alarma social, es decir cuando el sujeto no es reincidente...” (Fallos: 329:3006, considerandos 7° y 8°).

En definitiva, procurar prevenir futuros comportamientos ilícitos bajo la amenaza de una sanción penal no resulta un objetivo descabellado del legislador, y en ese orden de ideas, intentar desalentar al eventual reincidente a la comisión de nuevos delitos con el establecimiento de una pena más grave, y de adverso, establecer un régimen sancionatorio más benigno para quien no ha cometido ninguno con anterioridad, tampoco lo es.

Por lo tanto, la decisión legislativa que aquí nos ocupa, no puede ser objetada bajo el prisma de la violación de alguna garantía constitucional, y debe ser entendida, simplemente, como una decisión tomada con fundamento en atendibles razones de política criminal, en procura de la obtención de determinados fines igualmente inobjetable, sobre cuyo mérito, acierto o error, dada la superación del respectivo control de constitucionalidad, los órganos judiciales no pueden expedirse.

V.5. Se ha cuestionado el instituto aquí tratado con fundamento en que, habida cuenta los efectos deteriorantes de la denominada “prisonización”, el Estado habría contribuido a causar la reincidencia, pues el tratamiento “resocializador” que se habría procurado implementar respecto del individuo que cumple pena, habría fracasado abiertamente, de lo cual, justamente, la recaída en el delito es una clara evidencia.

De esta manera, habría en el reincidente, por lo general y de adverso a lo aquí sostenido, “...una menor culpabilidad en razón del aumento del nivel del estado de vulnerabilidad generado por un anterior ejercicio del poder punitivo, lo que obliga en términos de teoría de la responsabilidad a acotar el marco de la respuesta frente al



delito...” (conf. Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro; “Derecho Penal, Parte General”, pág. 1011, Ediar, Buenos Aires, 2000).

Es un dato de la realidad insoslayable que la “finalidad esencial” de la “reforma y readaptación social del condenado”, que determinan en relación a las penas privativas de libertad el artículo 5.6. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y (conforme a la citada jurisprudencia de nuestra Corte Suprema), el artículo 18 de la Constitución Nacional, no siempre es obtenida y la recaída en el delito (lo cual ocurre con frecuencia), es prueba elocuente de ello.

Ahora bien, la reincidencia, en todos los casos ¿es responsabilidad estatal?.

El ser humano, por su condición de tal, ¿conserva todavía, pese a la “prisonización” que sufrió en su momento, cierto margen de autodeterminación para adecuar su conducta al ordenamiento jurídico?

O, por el contrario, el poder punitivo que a su respecto se ejerció ¿resultará decisivo para reducir dicho margen a un punto tal que todos los nuevos delitos que a partir de allí podrá cometer, sólo podrán serle reprochables en menor medida?.

En tal sentido, ¿sólo debería legitimarse una nueva aplicación de aquel poder a su respecto que tenga en cuenta tal “prisonización” anterior, excluyendo así, de modo definitivo, la posibilidad de considerar la pena anterior cumplida como una agravante?.

Respondo a ello diciendo que luego de varios cientos de años de aplicación del encierro como pena, no puede haber duda a los operadores del sistema penal acerca de los efectos perjudiciales que aquél conlleva para las personas a las que le es impuesto.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

Es por ello que, haciéndose cargo de tal evidente dato de la realidad (y en forma más o menos contemporánea con la generalización de la pena privativa de libertad como mayoritaria expresión del poder punitivo estatal), se ha procurado morigerar, a través de múltiples maneras, la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad (a través de los institutos de la libertad condicional, salidas transitorias, prisión domiciliaria, entre otros más); en ese mismo orden de ideas, se han establecido buena cantidad de alternativas a las penas privativas de libertad (la ya mencionada pena de ejecución condicional, las sanciones de multa e inhabilitación, entre otras), e incluso, a la mera posibilidad de que aquéllas fuesen aplicadas (así, suspensión del juicio a prueba y extinción de la acción penal por conciliación o reparación integral del perjuicio).

Ahora bien, de la observación del panorama general en la materia no puede derivarse, como regla única e indiscutible, para todo el universo de casos posibles, que la mera privación de libertad en cumplimiento de una pena sea la causa, exclusiva y excluyente, de la reincidencia.

Ello, incluso, no parece ser afirmado con toda seguridad ni siquiera por los autores antes citados, quienes ponen de manifiesto su sorpresa (op. cit., pág. 1011), porque “...no sean mayores sus índices...” [de la reincidencia].

Si esto es así, existe un amplio margen para dudar de si es efectivamente la “prisonización” la exclusiva causa de la recaída en el delito, pues en algunos casos, como lo señalan aquéllos, tal efecto no se ha producido.

Si toda “prisonización” lleva ineludiblemente a la reincidencia, pero en una apreciable cantidad de supuestos ello no ocurre, ¿puede aún seguir sosteniéndose la premisa de la cual se parte?



Aparece más adecuado, por el contrario, concluir en que la “prisonización” podría, ciertamente, originar muchos supuestos de reincidencia, pero ello, en modo alguno, es posible elevarlo a una regla absoluta y general, a partir de su falta de verificación concreta e irrefutable en todos los casos.

Sobre esa base, las argumentaciones traídas a la discusión por la calificada doctrina de mención no pueden aceptarse.

En efecto, como fundamento sustancial del concepto de culpabilidad (en las diversas formas en que éste es empleado, esto es, como principio que excluye la posibilidad de atribución de responsabilidad penal puramente objetiva, como estrato analítico en el marco de la teoría del delito, y como límite infranqueable en cuanto a la determinación del monto punitivo), se encuentra la idea del ser humano como un ente capaz de autodeterminación, es decir, como dotado de capacidad suficiente, como regla general, de “obrar con libertad” y, en consecuencia, de “decidirse por el derecho, o contra el injusto”.

Ello, más allá de las críticas que ha merecido el concepto de culpabilidad expresado en la “posibilidad de obrar de otro modo”, esto es, “con arreglo a la norma” (por todos, Roxin, Claus, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo I, págs. 798/806, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997), desde que, también siguiendo al autor citado, y prescindiendo de la vieja polémica entre los partidarios del “libre albedrío” y del “determinismo”, es irrefutable que, cuando se dan ciertas condiciones (y no se verifican otras que llevarían a negarlo) el sujeto, en el ordenamiento normativo, es tratado “como libre” (op. cit., págs. 807/12, en especial párrafos 34 y 35).

Tal imagen del ser humano es la que mejor se adecua a su dignidad como persona, pues sólo así puede oponerse una valla eficaz contra toda pretensión punitiva estatal que exceda de aquélla que





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

pueda merecer sólo por “su hecho”: si aquél no es concebido como alguien con capacidad de autodeterminación, y en consecuencia, responsable (y sólo en la medida de ello), por “lo que hizo” en ejercicio de su libertad, las necesidades de prevención del delito (especiales y generales), podrán llevar a la imposición de sanciones, no sólo desproporcionadas al hecho, sino, incluso, desconectadas por completo de una “acción libre”.

En este orden de ideas, no debe perderse de vista que, como ya se dijo con cita de Ziffer, las categorías de ilícito y culpabilidad en la determinación de la pena no se diferencian del concepto de ilícito y culpabilidad en la “teoría del delito”, y que su distinción es sólo de perspectiva: en la teoría del delito sólo interesa si se encuentran dados sus presupuestos; en la determinación de la pena, cuál es su intensidad, dado por el carácter “graduable” –esto es, que admiten diferentes magnitudes- de ambos conceptos.

Desde ese punto de observación, es claro que el ordenamiento jurídico penal vigente (sin vulnerar con ello garantía constitucional alguna), no ha considerado que todos los casos de “prisonización” anterior reducen la capacidad del sujeto de comportarse con arreglo a la norma, y que en consecuencia, sólo puede efectuársele un reproche de entidad menor o, incluso, ningún reproche.

Por el contrario, conforme también lo hemos sostenido aquí, el mayor conocimiento de la antijuridicidad de su nueva acción delictiva, cumplida en el ámbito de las posibilidades de autodeterminación de su comportamiento inherentes a su condición de ser humano, dado el carácter comunicativo de la pena que se le impuso anteriormente por la comisión de un delito de análogas características, constituye una fundamentación constitucionalmente válida para la agravación de la pena por reincidencia.



Ello no significa, en modo alguno, desconocer la eventual aplicación a cada caso de otras pautas (vinculadas en buena medida con el cumplimiento anterior de pena privativa de libertad), que el legislador ha tenido en cuenta a los fines de efectuar la respectiva individualización del monto punitivo, y que justifican, en muchos supuestos, la fijación de un monto menor.

Me refiero, así, a lo establecido en el artículo 41, inciso 2°, del Código sustantivo, en cuanto establece tener en cuenta a aquél objeto “la calidad de los motivos que lo llevaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos”.

Si tal dificultad para atender a sus necesidades personales o familiares reconoce su origen (lo cual es hartamente frecuente), en la imposibilidad de obtener o desarrollar una actividad laboral apta a ese fin derivada de su anterior permanencia en prisión, ello deberá ser valorado en especial al momento de determinar la pena en concreto, como un claro factor atenuante, por reducción de su capacidad de autodeterminación; en definitiva, de sus posibilidades “de obrar de otro modo”.

No obstante lo cual, ello no impide la subsistencia de una circunstancia agravante, cual es, como ya se dijo, su mayor grado de conocimiento sobre la antijuridicidad del nuevo hecho que ha cometido, siempre que éste pueda ser imputado, igualmente y en definitiva, al ejercicio de “su libertad”.

V.6. Al momento de expresar las razones por las cuales he sostenido la constitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, no he podido dejar de adelantar que, para la concreta aplicación de dicha norma, debe poder verificarse una vinculación entre el hecho (o hechos) por el que anteriormente cumplió pena el imputado, y aquél (o aquéllos) que constituye el objeto procesal presente, y que tal





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

relación debe consistir en que al menos una de las conductas (tanto de las anteriores como de las actuales), deben haber lesionado el mismo bien jurídico, a través de la realización de la acción prevista en tipos penales que a su vez guarden entre sí, apreciado ello razonablemente, un cierto grado de similitud.

En tal sentido, el efecto comunicativo derivado del anterior cumplimiento de pena privativa de libertad, sólo puede tener, a mi modo de ver, la consecuencia constitucionalmente válida de posibilitar un mayor juicio de reproche por la comisión de un nuevo delito (fundado ello en un mayor conocimiento de la antijuridicidad de su acción), si se reúnen tales características de correspondencia entre el anterior delito y el actual.

Ello así, pues tal efecto comunicativo (dado por la circunstancia de haberle hecho saber a una persona el carácter contrario a derecho y merecedor de pena de una concreta conducta por él realizada, y que, con tal fundamento, se le imponía de manera coactiva el cumplimiento posterior de una pena privativa de libertad), sólo puede tener virtualidad para aplicar el instituto aquí tratado si puede concluirse, con absoluta certeza, que, al momento de la comisión del nuevo hecho, el imputado sabía (en un mayor grado que otra persona que nunca hubiese sido obligada a cumplir pena en virtud de un comportamiento de tales características), de la antijuridicidad de aquella acción que, en el ámbito de su autodeterminación, decidió llevar adelante, pese a que tenía la posibilidad exigible de no hacerlo.

De lo contrario, si los comportamientos involucrados en uno y otro proceso no guardan tal vinculación entre sí, no podrá predicarse que el nuevo hecho fue cometido con un mayor conocimiento de su antijuridicidad (susceptible de un mayor reproche consecuente en base a la norma aquí tratada), sino sólo, en su caso, que se verificó respecto de la conducta atribuida la conciencia de su ilicitud, pero sin que ésta



tuviese las características que, en particular, se derivan del supuesto en análisis (como ya se dijo, una mayor magnitud de aquella conciencia).

Cierto es que el artículo 50 de nuestro ordenamiento sustantivo no efectúa, en su tenor literal, una distinción como la que aquí sostengo, que la acerca a la denominada “reincidencia específica”, tal como está regulada, por ejemplo, en el Código Penal Español en su artículo 22, inciso 8º (Luis Rodríguez Ramos –Director-; Amparo Martínez Guerra –Coordinadora-; Código Penal, Comentado y con Jurisprudencia, 3ª. edición, La Ley, diciembre 2009, Madrid, España, págs. 188 y 216/26).

No obstante ello, encuentro que, desde el punto de vista de los fundamentos en los cuales me he basado aquí, y luego de una reflexión sobre el tema, la interpretación aquí propiciada es la única constitucionalmente posible.

Y en esa inteligencia, hago más las consideraciones que conformaron el criterio seguido en forma reiterada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a que “...el análisis de la validez constitucional ‘...de una norma de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y es sólo, en consecuencia, practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere’, entendiéndose que ‘...por la gravedad de tales [exámenes] debe estimárselos como *ultima ratio* del orden jurídico,... de tal manera que no debe recurrirse a ellos sino cuando una estricta necesidad lo requiera’ (doctrina de Fallos: 260:153 entre otros)...”, y que ello es así, en la medida en que es deber de los órganos jurisdiccionales “...agotar todas las interpretaciones posibles de una norma antes de concluir con su inconstitucionalidad. Sabido es que la inconstitucionalidad es un remedio extremo, que sólo puede operar cuando no resta posibilidad





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

interpretativa alguna de compatibilizar la ley con la Constitución Nacional y los tratados internacionales que forman parte de ella, dado que siempre importa desconocer un acto de poder de inmediata procedencia de la soberanía popular, cuya banalización no puede ser republicanamente saludable...” (Fallos: 328: 1491, voto de los Sres. Jueces Dres. Highton de Nolasco y Zaffaroni, considerando 27, página 1519).

A todo lo expuesto cabe agregar que en su pronunciamiento “Arévalo, Martín Salomón s/causa n° 11.835”, sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 27 de mayo de 2014, dicho Tribunal, al rechazar el planteo de inconstitucionalidad del régimen de agravación de la pena por reincidencia, y sin perjuicio de la remisión a sus anteriores precedentes, hizo mérito también de lo concordantemente dictaminado por el Sr. Procurador Fiscal.

Este último refirió en el capítulo V de su dictamen (pág.8), que “...no es posible descartar la interpretación según la cual la reincidencia, tal como está regulada en el artículo 50 del Código Penal, es un indicador razonable de una culpabilidad mayor. La culpabilidad por un hecho delictivo depende, en efecto, de la capacidad de la persona de “comprender la criminalidad del hecho que comete...”

Y concluyó diciendo, con cita de prestigiosa doctrina extranjera que “...por su parte, el previo cumplimiento efectivo de una pena puede asegurar, intensificar o profundizar esa comprensión. Al menos, esa es una función u objetivo que cabe razonablemente atribuir a la pena...”

No puede dejar de señalarse, entonces, que los fundamentos del citado dictamen, a los que aludió la Corte, se encuentran, en buena medida, en línea con el criterio oportunamente expresado por el suscripto en orden a la constitucionalidad del instituto que aquí tratamos.



Pues éste halla sustento, en definitiva, en un mayor grado de culpabilidad en el reincidente a partir del carácter comunicativo de la pena privativa de libertad anterior, total o parcialmente cumplida, y del efecto que ello produce sobre su mayor comprensión y consecuente conocimiento de la criminalidad o de la antijuridicidad del nuevo hecho cometido, cuando éste hubiese lesionado o puesto en peligro los mismos bienes jurídicos por cuya afectación ya cumplió pena, a través de la realización de tipos penales que a su vez guarden entre sí, apreciado ello razonablemente, un cierto grado de similitud.

Cabe agregar que el criterio puesto de manifiesto por nuestro tribunal cimero en el citado fallo “Arévalo” fue reiterado en numerosos pronunciamientos posteriores, en el cual se remitió al citado precedente. Así lo hizo en CSJ 61/2013 RH, “Ojeda, Rodrigo Pedro y otro”, rta. 02/12/2014; CSJ 65/2014 RH, “Díaz, Juan Marcelo”, CSJ 880/2013 RH, “Martínez, Maximiliano Ariel”, y CSJ 77/2014 RH, “Verón, Alexis Saúl”, rtas. 30/12/2014; CSJ 660/2014 RH, “Montiel, Andrés Alejandro”, rta. 10/02/2015; CSJ 503/2014 RH, “Barcela, Miguel Ángel”, rta. 19/02/2015; CSJ 676/2014 RH, “Gómez, Damián Horacio”, rta. 03/03/2015; CSJ 5352/2014/CSl, “Rubira Olmedo, Héctor Fabián” y CSJ 694/2014 RH, “Montiel, Sergio Leonardo Ezequiel”, rtas. 17/03/2015; CSJ 494/2014 RH, “Benítez, Brian Alan”, rta. 14/04/2015; CSJ 184/2013 RH “Novick, Víctor Darío”, rta. 29/04/2015; CSJ 193/2014 RH, “Espíndola, Daniel”, rta. 04/05/2015; CSJ 1923/2014/RHl, “Mieres, Ricardo y otros” y CSJ 659/2014 RH, “Aragón, Juan Manuel y otros”, rtas. 12/05/2015).

Para finalizar, diré que la posición aquí sostenida no parece totalmente incompatible con aquella que puede derivarse de lo afirmado por el Juez Zaffaroni (uno de los más preclaros sostenedores de la inconstitucionalidad del instituto en análisis, como académico y como Magistrado), en su extenso y por demás ilustrado voto en la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

sentencia del 5 de febrero de 2013, “Gómez, Humberto Rodolfo”, G.506, XLVIII. RHE., en cuyo considerando 14 dijo: “...no faltan autores que consideran que la reincidencia importa un desprecio hacia el valor admonitorio de la condena precedente. En opinión de éstos, entre los que se halla Maurach, la admonición de una primera condenación generaría una mayor o más actual consciencia de la antijuridicidad del segundo hecho y, por ende, un mayor reproche de culpabilidad de este hecho. En la generalidad de los casos, la consciencia del injusto del segundo hecho es por completo independiente de la del primer hecho, pudiendo incluso ser menor o no existir. Quien después de ser condenado por un robo comete un delito cambiario, bien puede cometer el segundo hecho en un error invencible de prohibición y, por tanto, no tener ninguna consciencia de antijuridicidad. **Sólo sería un argumento válido para supuestos de reincidencia específica** y en delitos que requieren cierto grado de esfuerzo y abstracción para la comprensión del injusto, lo que está lejos de darse en cualquier caso de reincidencia genérica y menos en forma automática....” (el destacado me pertenece).

V.7. Yendo ahora al caso de autos, debe decirse que la fiscalía requirió oportunamente la declaración de reincidente del imputado, y el tribunal “a quo” hizo lugar a ello, rechazando la inconstitucionalidad impetrada por la defensa, con invocación y reseña de los fallos “Arévalo”, “Gómez Dávalos”, “L’Eveque” y “Gramajo”, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al igual que de otros decisorios del propio Tribunal.

Conforme se dijera, en el primero de los precedentes citados la Corte hizo mérito en parte, al considerar lo dictaminado por el procurador fiscal, de la argumentación sostenida por el suscripto para fundar la constitucionalidad del instituto en análisis. En consecuencia, cabe concluir en que, de adverso a lo sostenido por la defensa, el tribunal “a quo” dio respuesta a sus planteos en orden a la cuestión



aquí tratada, motivando de manera suficiente su decisión y rebatiendo en definitiva todos los argumentos invocados por el recurrente, quien no logró demostrar así arbitrariedad alguna, ni tampoco la inconstitucionalidad alegada, sino sólo manifestar su discrepancia con el criterio sostenido.

A su vez, en la sentencia se reprodujo (fs. 634 en adelante), el certificado de los antecedentes penales que surgían de autos respecto del imputado, con arreglo al cual, y a las demás constancias reunidas al respecto (fs. 16/17 del legajo de personalidad del imputado), se desprende la pena única de cinco años de prisión impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n°18 el 14 de julio de 2011, cuyo vencimiento operó el 2 de enero de 2014, comprensiva de la de tres años de prisión de efectivo cumplimiento dictada por esa misma judicatura en las causas n°3100/3192/3193/3455 (en orden a los delitos de robo agravado por su comisión con escalamiento, robo agravado por su comisión con escalamiento en grado de tentativa –dos hechos-y robo simple), y de la de tres años de prisión impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 2 de Lomas de Zamora en el marco de la causa n°783418/2 (en orden a los delitos de hurto agravado por su comisión con escalamiento en grado de tentativa y robo agravado por el uso de armas en grado de tentativa).

Siendo claro entonces que [REDACTED] cumplió de modo parcial pena privativa de libertad por delitos a través de los cuales afectó idéntico bien jurídico que el involucrado en el caso (propiedad) mediante la realización de tipos penales que, sin perjuicio de las agravantes propias de cada uno, guardan entre sí una sustancial analogía en orden a la acción típica (el “apoderamiento ilegítimo de cosas muebles ajenas”), y que desde el vencimiento de dicha pena (ocurrido el 2 de enero de 2014), hasta la comisión del hecho aquí analizado (9 de marzo de 2015) no ha transcurrido el plazo previsto por el último párrafo del art. 50, la declaración de reincidente efectuada por el *a*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

quo respecto de [REDACTED] con arreglo a la interpretación aquí efectuada del artículo 50 del Código Penal, se encuentra ajustada a derecho.

V.8. Misma suerte ha de correr el agravio basado en la denuncia de errónea aplicación del art. 50 del C.P., con sustento en que, durante el cumplimiento anterior de pena privativa de libertad, [REDACTED] no había alcanzado el período de prueba ni se había acreditado por la Fiscalía cuál había sido el grado de avance dentro de la progresividad del sistema penitenciario.

A este respecto, he de señalar que no resulta dirimente en el caso el período del régimen penitenciario que hubiera alcanzado el encartado en su anterior condena a pena privativa de libertad, sino que de lo que aquí se trata, es que efectivamente, el condenado haya cumplido la misma, parcial o totalmente, privado de su libertad, lo que determinará que el mensaje que recibió haya sido suficientemente claro y explícito, y quedase incorporado con firmeza en su experiencia vital.

Esto implica, como ya dijera, que al momento de cometer un nuevo delito que afectaba el mismo bien jurídico por cuya lesión había ya cumplido pena con anterioridad a través de la realización de un tipo penal sustancialmente análogo en cuanto al núcleo de su acción típica, el condenado conocía más acabadamente el carácter ilícito de su acción y por lo tanto, debía hacer un esfuerzo menor para comprender su antijuridicidad, de lo que deriva un mayor juicio de reproche.

En igual dirección, resulta pertinente resaltar aquí lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia en el precedente “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938), a partir del considerando 5°, en el sentido de que: “...Es suficiente, entonces, contar con el antecedente objetivo de que se haya cumplido una condena anterior a pena privativa de libertad,



independientemente de su duración, ya que el tratamiento penitenciario es sólo un aspecto del fin de prevención especial de la pena. Es cierto que podrían presentarse supuestos extremos en los que la escasa magnitud de la pena cumplida ofreciera alguna dificultad en la solución, pero esta hipótesis no pasó por alto en el debate parlamentario, donde el senador De la Rúa expresó: ‘... Entendemos que esto no es del todo claro para ciertas situaciones intermedias, límites o excepcionales cuando, por ejemplo, el tiempo de cumplimiento parcial es muy breve, casi insignificante. Con todo, refirma el sistema de reincidencia real que se adopta. Hay que reconocer que el juez puede tener cierta elasticidad para situaciones excepcionales cuando, por ejemplo, se trata de una diferencia de un solo día o incluso pocos días de prisión...’ (Diario de Sesiones de la H. Cámara de Senadores de la Nación, 15 de febrero de 1984, pág. 578)...”.

Y continuó la Corte diciendo: “...6°) *Que, sin dejar de recordar que la norma no ha impuesto un plazo mínimo de cumplimiento efectivo, dando lugar a que el intérprete establezca su alcance, corresponde puntualizar que esta Corte no comparte la interpretación propuesta por la defensa porque ella conduciría prácticamente a eliminar la reincidencia de nuestro derecho positivo (...)* Por otra parte, si la reincidencia dependiera de la existencia de suficiente tratamiento anterior, podría discutirse siempre no sólo la circunstancia misma de la efectiva aplicación de dicho tratamiento en el caso, sino también su idoneidad a los fines de la resocialización del individuo en particular, con lo que se desvirtuaría el régimen de la ley, que ha considerado suficiente el dato objetivo de la condena anterior, con el único requisito de que haya mediado cumplimiento total o parcial...”.

La doctrina de la Corte conforme a la cual el único dato objetivo del cumplimiento anterior de una pena privativa de libertad





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

resulta suficiente para concluir que concurre el requisito legal, sin atender a un tiempo de cumplimiento específico o a un avance determinado en el tratamiento penitenciario, fue ratificada, dos años después de “Gómez Dávalos”, en “Gelabert” (Fallos: 311:1209), decisión en la que se reiteró el criterio según el cual sólo se requiere “...*el antecedente objetivo de que ...[la pena privativa de libertad]... la haya cumplido total o parcialmente, independientemente de su duración...*”.

En el caso de autos, el Tribunal consideró que [REDACTED] había cumplido pena privativa de libertad con anterioridad al hecho por el que iba a ser condenado en virtud de la sanción que le había sido impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 18, ya mencionada (fs. 637 vta.), extremo que no fue discutido por la defensa en su recurso ante esta Cámara (fs. 667 vta.).

Por lo tanto, y teniendo en cuenta el lapso temporal entre la fecha en que se dictó dicha pena única (14 de julio de 2011), y la fecha fijada para su vencimiento (2 de enero de 2014), es claro que no se verifica en autos ninguno de los supuestos excepcionales (que tampoco precisó la defensa), a los cuales se aludió en el precedente “Gómez Dávalos” de mención, que autorizarían a no tener por verificado el requisito legal exigido en atención a lo exiguo del tiempo cumplido como condenado, por lo cual el recurso también debe rechazarse en cuanto a este último aspecto.

VI. En virtud de todo lo expresado, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, casar parcialmente la resolución recurrida, calificar el hecho cometido en perjuicio de [REDACTED] por el que fue condenado [REDACTED] [REDACTED] como constitutivo del delito hurto en grado de tentativa (arts. 42, y 162 del Código Penal), y fijar la sanción en un mes de prisión que se da por cumplida con el tiempo de detención sufrido (arts. 456, inc. 2, 470, y 471 del Código Procesal



Penal de la Nación), por lo cual el Tribunal de radicación del proceso deberá disponer la inmediata libertad del nombrado, y rechazar, en lo restante, los recursos de casación y de inconstitucionalidad interpuestos por la defensa, sin costas (artículos 470, *a contrario sensu*, 475, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

VII. Abordaré ahora los agravios de la defensa de [REDACTED]

En relación al planteo efectuado por el doctor Maximiliano Dialeva Balmaceda, en punto a la nulidad del fallo atacado por afectación al principio de imparcialidad, entiendo que el mismo no puede prosperar.

En primer lugar, debe decirse al respecto que, tal como se lo precisó en el precedente acápite II, dicho motivo de agravio fue presentado en la ocasión prevista en el artículo 466 del ritual, y que, ni al notificarse de la sentencia dictada en relación a aquel, ni al momento de adherirse al recurso presentado por la defensa del coimputado [REDACTED] (fs. 702), se introdujo tal gravamen.

Por cierto que la Corte Suprema Federal, en el caso “Martínez Caballero”, Fallos: 332:2705, sentencia del 9 de diciembre de 2009), por estricta mayoría y con nuda referencia al precedente “Casal” (Fallos: 328:3399, sentencia del 20 de septiembre de 2005), resolvió que correspondía a una Sala de la por entonces Cámara Nacional de Casación Penal el tratamiento de agravios introducidos recién en el término de oficina.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que tal decisorio contó para la conformación de la mayoría con la firma de sólo dos de los actuales integrantes de dicho Tribunal (los Dres. Lorenzetti y Maqueda), mientras que la Dra. Highton de Nolasco votó en





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

disidencia con invocación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Así las cosas, entiendo procedente un reexamen de la cuestión, sobre todo a la luz de lo señalado en otro voto disidente en el mismo fallo, el de la Dra. Argibay, quien también hizo aplicación del citado artículo 280, pero previamente señaló que en “...el mentado precedente [Casal] se afirmó que, para garantizar una revisión del fallo acorde con la Constitución Nacional, el tribunal de alzada debía dar tratamiento a todas las cuestiones planteadas por la defensa, aclarándose que ello no tenía una extensión tal que obligue al tribunal de segunda instancia a tratar asuntos no planteados (considerando 12). Más allá de esa precisión, no integró la deliberación entre los jueces de este Tribunal lo inherente a la constitucionalidad de otras normas procesales además de la mencionada, relativas a los plazos y oportunidad en que deben interponerse los agravios.

En consecuencia, la Cámara Nacional de Casación Penal no se encuentra obligada de conformidad con la doctrina del precedente antes citado al tratamiento de los agravios introducidos tardíamente por las partes.

En efecto, es la misma jurisprudencia de este Tribunal que, al limitar el alcance de los términos contenidos en sus decisiones y valorar como acto de suma gravedad la declaración de inconstitucionalidad de una norma, impide hacer aplicación extensiva de un precedente a un supuesto cuyas diferencias resultan sustanciales del que motivó la decisión, máxime cuando ello causaría un efecto semejante a la declaración de inconstitucionalidad de normas procesales vigentes que no fueron siquiera objeto de examen (Fallos: 33:162 “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo” y la gran cantidad de fallos que lo citan)...”.



Sobre esa base, he de señalar que el primer párrafo del artículo 445 del Código de forma es claro en restringir la jurisdicción del tribunal de alzada “*sólo en cuanto a los puntos de la resolución a los que se refieren los motivos del agravio*”, los cuales se definen en el respectivo escrito de interposición. Y que de manera concordante, el artículo 463, “*in fine*”, al regular la forma de interposición del recurso de casación establece que deberán indicarse separadamente los motivos que fundan el recurso y que, fuera de la oportunidad allí prevista, “*no podrá alegarse ningún otro*”.

En esa misma inteligencia, el artículo 466 del ritual, al emplear los verbos “desarrollar” o “ampliar” es concluyente sobre la voluntad del legislador de posibilitar al impugnante una oportunidad para profundizar o incorporar argumentos respecto “de los motivos propuestos”, pero justamente, al otorgar dicha facultad, ratifica la regla ya referida, pues brinda esa posibilidad únicamente en relación a los agravios oportunamente introducidos, la cual no extiende a los novedosos.

Por otra parte, la defensa no ha enunciado las razones por las cuáles este tribunal debería hacer excepción a las reglas generales en la materia, y tratar también el motivo de agravio en cuestión, introducido recién, como ya se dijo, en términos de oficina, todo lo cual resultaría suficiente para declararlo inadmisibile.

Sin perjuicio de ello, *obiter dictum*, he de señalar que tal como se desprende de la lectura de la presente causa, y del relato efectuado por la propia defensa, en el caso que nos ocupa, [REDACTED] [REDACTED] suscribió el acuerdo de juicio abreviado que motivó el dictado de la sentencia aquí atacada, con el patrocinio de su asistencia técnica, y en pleno conocimiento de que, respecto del coimputado [REDACTED] se encontraba en desarrollo el debate oral y público iniciado durante su contumacia.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

Más aún, habiendo dictado el *a quo* sentencia condenatoria respecto de [REDACTED] el 20 de octubre de 2015, es decir, concretada en esa fecha la causa de agravio que ahora se invoca, y habiéndose brindado los fundamentos de aquella, el 27 de octubre siguiente, la defensa guardó silencio, dejando vencer el plazo previsto por el segundo párrafo del art. 60 del Código ritual, tras el cual, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 19 dictó sentencia.

Demás está decir, que dicho plazo resulta perentorio (Cfr. en este sentido Guillermo Rafael Navarro y Roberto Raúl Daray, “Código Procesal Penal de la Nación – Análisis doctrinal y jurisprudencial” 5ª ed., tomo 1, pág. 311, Hammurabi, Buenos Aires, 2016).

A ello se suma que la causal invocada no se encuentra dentro de las previstas por el art. 55 del Código adjetivo, por lo que, si bien dicha enumeración no es taxativa, mal puede sostenerse que el *a quo* estuviera obligado a inhibirse de entender respecto de [REDACTED] sin mediar pedido de parte.

En efecto, lo que debe garantizarse en este tipo de situaciones, es que el justiciable tenga la oportunidad de aventar toda sospecha de parcialidad en los jueces que deben resolver su situación y aspirar de esa manera a satisfacer el ideal de imparcialidad del órgano decisor. En el caso, resulta evidente que ese temor o sospecha no existió, pues enterada la parte de las circunstancias ya reseñadas, nada dijo en el momento oportuno, sino que recién se introdujo dicho planteo cuando la causa se encontraba en el término de oficina ante este órgano.

Cabe destacar, finalmente, que al momento de suscribir el acuerdo de juicio abreviado en cuestión, resultaba más que previsible el inminente pronunciamiento respecto del coimputado [REDACTED] pues como ya se dijo, el proceso de éste último se encontraba en pleno debate oral y público.



VIII. En cuanto al resto de los agravios, el Dr. Dialeva Balmaceda se remitió en un todo a lo expuesto por la defensa de [REDACTED] a cuyo recurso adhirió oportunamente.

Así las cosas, si bien en este caso, a diferencia del anterior, no existe una versión que deba ser desvirtuada -pues [REDACTED] suscribió un acuerdo de juicio abreviado- como ya se señalara, sólo la certeza sobre la existencia del hecho criminal, objetiva y coherente con la prueba incorporada, posibilita fundar una sentencia condenatoria.

En sustancia, la decisión de un caso por 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. Ello no importa, sin embargo, relevar al tribunal de la obligación de motivar debidamente su fallo, explicitando las razones en las que funda la condena.

Consecuentemente, tampoco implica 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 pena impuesta o la infracción al art. 3 C.P.P.N. (confr. en ese mismo sentido la 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).

Ahora bien, del análisis de la prueba incorporada por el *a quo* en el fallo que luce a fs. 680/92 respecto del hecho sindicado como “C” (único en tratamiento), al igual que en el caso anterior, tampoco puede afirmarse con la absoluta certeza que exige una sentencia





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

condenatoria, que [REDACTED] o su acompañante hayan ingresado al inmueble por el “ventiluz” en cuestión, y tampoco que hubiesen extraído los bienes cuya sustracción se les endilga a través del mismo.

A este respecto, resulta ineludible valorar el informe pericial realizado como instrucción suplementaria, previo a la contumacia de [REDACTED] y que formó parte de la prueba que debió ser considerada al momento de dictar sentencia, el cual determinó que dicha ventana permite una apertura de tan sólo 15 cms. (Cfr. fs.525/vta.).

En igual dirección, tampoco se explica el hecho de que los bienes cuya sustracción se denunció no hayan sido secuestrados, máxime, teniendo en cuenta que no se mencionó siquiera la posibilidad de que otros individuos hubiesen concurrido a la comisión del hecho, lo que conduce a una duda razonable respecto de que efectivamente los aquí enjuiciados hayan logrado la libre disposición de objeto alguno.

Respecto a la calificación del hecho como robo, ha de decirse que en el respectivo requerimiento de elevación a juicio, más allá de la genérica imputación a [REDACTED] de “...haberse apoderado ilegítimamente mediante empleo de fuerza...”, de una diversidad de cosas muebles existentes en el lugar ya mencionado, no se describe con claridad en qué habría consistido tal empleo de fuerza, pues no se pone a cargo del imputado ninguna acción de la cual ello podría colegirse sino que se limita a mencionar que los preventores y el sereno “al llegar al depósito ubicado en el primer piso notaron que la puerta de acceso había sido abierta a golpes, presentando daños en la cerradura” y que “finalmente encontraron allí a ... [REDACTED]”.

En tal orden de ideas, al momento de calificar la conducta atribuida como robo, el tribunal se limitó a consignar dicha subsunción legal, pero no especificó concretamente cuál aspecto del comportamiento atribuido al imputado debía considerarse con aptitud



para subsumirse en el tipo penal escogido, esto es, de qué forma se habrían producido los daños en la puerta (a golpes o mediante el empleo de algún otro objeto), y cuáles eran los elementos de juicio (más allá de la peritación sobre la citada puerta), que lo llevaban a concluir que había sido el imputado, junto con su consorte de causa, quienes habían ejercido concretamente dicha fuerza.

De esta manera, también se observa aquí un déficit apreciable de fundamentación en la sentencia recurrida, que conduce a su descalificación como acto jurisdiccional válido en los aspectos aquí tratados, debiéndose así encuadrar la conducta atribuida, entonces, en el tipo penal del art. 162 del código de fondo, en grado de tentativa (art. 42, *ibidem*).

Habida cuenta el impacto que el cambio de calificación auspiciado genera sobre el monto de la sanción a imponer, y a lo que propondré a ese respecto, entiendo que corresponde, por razones de economía procesal, fijar en esta instancia la pena sin acudir al reenvío de las actuaciones a ese efecto.

En consecuencia, valorando para ello como circunstancias agravantes, como lo hicieron los colegas de la instancia anterior “...la modalidad, naturaleza y extensión en el perjuicio de las actividades ilícitas en los hechos aquí en estudio desplegados por el encausado...”, en función de “...los aspectos señalados en su especificidad en este decisorio al describir las actividades desarrolladas por el incuso en los eventos criminosos...”, se considera adecuado fijar la sanción en cinco meses de prisión de ejecución condicional, y costas, debiendo estarse en cuanto a las reglas de conducta a las ya impuestas por el tribunal *a quo* en el punto dispositivo II de la sentencia recurrida.

IX. En virtud de todo lo expresado, y siendo innecesario un análisis más pormenorizado del caso, pues resulta aplicable todo lo ya





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

expuesto en el apartado referido a [REDACTED] [REDACTED] propongo al acuerdo casar parcialmente la resolución de fs. 680/692, calificar el hecho denominado como “C”, cometido en perjuicio de [REDACTED] [REDACTED] por el que fue condenado [REDACTED] [REDACTED] como constitutivo del delito de hurto en grado de tentativa (arts. 42 y 162 del Código Penal), y fijar la pena impuesta al mencionado en cinco meses de prisión, de ejecución condicional y costas, debiendo estarse en cuanto a las reglas de conductas a las ya impuestas por el tribunal *a quo* en el punto dispositivo II de la sentencia recurrida (arts. 456 inc. 2, 470, y 471 del Código Procesal Penal de la Nación) y rechazar los restantes agravios formulados por su defensa, sin costas (artículos 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Pablo Jantus dijo:

I. Adhiero a los puntos IV y VIII del voto del doctor Huarte Petite, en tanto propone hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto, casar parcialmente las sentencias dictadas en el proceso, calificar el hecho por el que recayó condena respecto de [REDACTED] y [REDACTED] como constitutivo de tentativa del delito de hurto —que en el caso del último concurre en forma material con los de robo reiterado, en dos oportunidades, y con el de tentativa de robo— y proceder como indica con relación a la mensuración de la pena; sin costas en esta instancia (arts. 42 y 162 CP y arts. 470, 471, 530 y 531 CPPN).

II. Presto también mi adhesión a la solución que propone en el punto V, aunque lo hago por remisión a las consideraciones formuladas en los precedentes “Olea” (CCC 1070/2006/TO1/1/CNC1, caratulada “Legajo de ejecución penal en autos Olea, Héctor Federico s/robo con armas”, Rta. 24/6/15, Reg. n° 192/2015 y citas: Néstor Sagües, Compendio de derecho procesal constitucional, Astrea,



Ciudad de Buenos Aires, 2011, pp. 185, 281, 285, 290; Alberto Bianchi, Control de constitucionalidad, 2a. edición actualizada, reestructurada y aumentada, Abaco, Bs. As., 2002, Tomo 1, p. 452 y ss.) y “Ullua” (CCC 14999/2013/TO1/CNC3, “Ullua, Leandro Sebastian, Escobar, Jonathan Ricardo y Guantay, Dario Alberto”, Rta. 12/8/16, Reg. n° 605/2016), ambos de esta Cámara.

En el primero sostuve que la Corte Suprema de Justicia, al fallar en la causa “Arévalo” (A. 558. XLVI, recurso de hecho “Arévalo, Martin Salomón s/ causa 11.835, rta. 27/5/2014) y en diversos casos posteriores, ratificó antigua jurisprudencia que sostenía la constitucionalidad del instituto contenido en el art. 50 CP y su incidencia en el previsto en el art. 14 ídem, con remisión a los precedentes “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938), “L'Eveque” (Fallos: 311:1451) y “Gramajo” (Fallos: 329:3680). Señalé también que el Máximo Tribunal ponderó entonces el bloque constitucional incorporado en la reforma de 1994 y sentó un holding que debe acatarse en la medida en que no se desarrollen nuevos argumentos que permitan dejarlo de lado.

En el segundo caso concluí que la decisión acerca del alcance y significado del tiempo de cumplimiento de una pena anterior que requiere el art. 50 CP debe fundarse en la interpretación armónica de esa norma y del régimen de ejecución de la pena (Ley n° 24.660), lo que sólo puede conducir a la conclusión de que para ser reincidente es necesario haber cumplido al menos la mitad de la condena anterior y haber sido sometido al sistema de progresividad que prevé la citada ley.

Creo que dicha ley ha dado sustento legal a la tesis en cuestión, modificó sustancialmente el panorama que se consideró al resolver el caso “Guzmán” (Cámara Nacional de Apelaciones del fuero en pleno, Rto. 8/8/89, LL 1989-E, p. 65 —ver en particular voto de los jueces





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

Elbert, Tozzini y Ouviaña—), y permite sostener esa interpretación como la más equitativa en tanto relaciona adecuadamente las pautas a considerar: la aplicación del art. 50 CP requiere que el imputado haya sido sometido previamente a un régimen progresivo que procure su reinserción social, puesto que conforme la interpretación del instituto indicada en el punto anterior, la declaración de reincidencia se hace efectiva ante el incumplimiento de las expectativas derivadas de ese proceso que el Estado debe haberle brindado —más allá de su avance o efectividad, que depende del comportamiento del imputado— y que establece, para las penas temporales, la mitad de la condena para acceder al primer beneficio (art. 15 Ley n° 24.660).

Entonces, considerando los antecedentes ponderados en el fallo, entiendo que la reincidencia fue correctamente declarada.

III. Por último, dejo asentado mi criterio disidente puesto que, a mi modo de ver, resulta pertinente el tratamiento de las cuestiones introducidas por la defensa de [REDACTED] en el término de oficina, puesto que más allá de la letra del art. 463 CPPN su abordaje es necesario para respetar el estándar de revisión amplia de las sentencias de condena establecido por la CSJN en el precedente “Casal” (fallos 328:3399) y garantizar eficazmente el derecho al doble conforme y la operatividad del art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en el mismo sentido: CSJN, fallos 333:405, “Baldivieso” —voto de la Dra. Argibay—; Eleonora Devoto, Otros agravios en el proceso de casación, Revista de Derecho Procesal Penal, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 20131, p. 132; y, de esta Sala, caso “Monasterio” citado —voto del juez Niño—; causa n° 4299/2013/TO4/CNC1, caratulada “Salazar, Matías Ezequiel y otros s/ robo en poblado y en banda”, Rta. 21/12/15, Reg. n° 797/2015, y causa n° CCC 46200/TO1/CNC1, caratulada “Amigo, Matías Sebastián y otro s/ robo con armas”, Rta. 22/9/16, Reg. n° 740/16).



Hecha esa aclaración, adhiero también al desarrollo efectuado por el colega a modo de *obiter dictum* en el punto VII, vinculado a la afectación al principio de imparcialidad.

En definitiva, las consideraciones efectuadas en los dos puntos que anteceden conducen a rechazar en lo restante los agravios presentados y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida; sin costas (arts. 50, 470, 471 —interpretados *a contrario sensu*—, 474, 475, 530 y 531 del Código Procesal Pena de la Nación).

El juez Mario Magariños dijo:

I

De conformidad con los parámetros de control de valoración probatoria derivados de la garantía fundamental establecida en los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fijados por este tribunal en los precedentes “Cajal” –registro n° 351/2015, resuelta el 14 de agosto de 2015- y “Meglioli” - registro n° 911/2015, resuelta el 14 de noviembre de 2016- (ver los votos del juez Magariños), comparto las consideraciones efectuadas por el colega Huarte Petite en punto a que la sentencia impugnada ha realizado una valoración probatoria que no se adecúa a la regla legal de la sana crítica racional (artículo 398, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación) y al principio fundamental del estado jurídico de inocencia (artículo 18 de la Constitución Nacional), y a una de sus consecuencias más relevantes, la regla del *in dubio pro reo* (artículo 3 del Código Procesal Penal de la Nación), respecto del imputado [REDACTED]

Sin embargo, considero que, a partir de las pautas enunciadas en el párrafo precedente, ni siquiera respecto del sustrato fáctico calificado por los colegas preopinantes como tentativa de hurto





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

(artículos 42 y 162 del Código Penal), puede convalidarse la reconstrucción realizada por el tribunal de juicio, pues no satisface la exigencia normativa de alcanzar certeza más allá de toda duda razonable.

Por consiguiente, corresponde hacer lugar al recurso de la defensa de [REDACTED] casar la resolución recurrida y, en consecuencia, absolver al nombrado de los hechos que fueran materia de imputación y condena, y ordenar su inmediata libertad, la que deberá hacerse efectiva desde los estrados del tribunal de juicio; sin costas (artículo 18 de la Constitución Nacional y artículos 3, 398, segundo párrafo, 470, 473, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Ello así, en tanto como consecuencia de la aplicación de esos parámetros al *sub lite*, corresponde casar la resolución impugnada (artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación), pues no constituye obstáculo para así hacerlo la circunstancia de que en el caso se trate de la interpretación y aplicación de reglas normativas contenidas en el Código Procesal Penal de la Nación (artículos 3 y 398, segundo párrafo, de ese cuerpo legal), pues el carácter sustancial de tales preceptos, desde la perspectiva del recurso de casación, deriva de su directa operatividad sobre el principio fundamental de inocencia (artículo 18 de la Constitución Nacional), sobre ésta última cuestión puede verse el precedente de esta Sala dictado in re “Silvero Verón” (registro n° 108/2015 -ver el voto del juez Magariños-) y el arriba citado precedente “Meglioli”.

A idéntica resolución del caso se arribaría, en cuanto al dictado de la absolución del señor [REDACTED] si se considerase que, por aplicación de lo establecido en el artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación, corresponde anular la sentencia impugnada.



Ello es así pues, como fue explicado en el precedente de esta Cámara dictado in re “Papadopulos, Pablo Ariel y otro s/ robo con efracción” (registro n° 702/2016) -ver el voto del juez Magariños-, a cuyas consideraciones me remito en tributo a la brevedad, corresponde considerar que, en tanto la nulidad de la sentencia impugnada en el presente obedece exclusivamente a un vicio atribuible a la actuación de los órganos estatales y, por consiguiente, no imputable a la persona sometida a proceso, la consecuencia no puede consistir en que el señor [REDACTED] deba soportar nuevamente un juicio, luego de haber transitado uno válidamente cumplido. Dicho en otras palabras, la anulación de la sentencia dictada por el *a quo*, originada en motivos ajenos al actuar del imputado, no puede conducir a adoptar idéntica solución respecto del debate oral y público, pues al haberse realizado de manera válida, es evidente que su reiteración importaría una franca contradicción con el principio *ne bis in idem*.

En consecuencia, también en esa hipótesis los límites de la solución del caso bajo análisis se presentarían del todo claros e impondrían anular la sentencia recurrida en cuanto condenó al señor [REDACTED] respecto del hecho objeto del juicio celebrado en el marco de este proceso y, por consiguiente, absolver al nombrado, y ordenar su inmediata libertad, la que deberá hacerse efectiva desde los estrados del tribunal de juicio; sin costas (artículos 18 y 33 de la Constitución Nacional, 1 in fine, 471, 473, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II

Ahora bien, respecto de la situación del señor [REDACTED] [REDACTED] corresponde señalar que la decisión por cual la se lo condenó a la pena de tres años de prisión en suspenso y costas, fue consecuencia del procedimiento contemplado en el artículo 431 *bis*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

del Código Procesal Penal de la Nación, esto es, el juicio abreviado, oportunidad en la que el condenado, con la asistencia de su defensor, acordó con el representante del Ministerio Público Fiscal la pena a imponer.

Pues bien, 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 sentencia de condena, esto es, el procedimiento establecido en el art. 431 *bis* del código de forma (conf. ley n° 24.825). Ello es así, en tanto se trata en el caso de analizar si el a quo, al momento de dictar sentencia, sobre la base de lo acordado previamente por las partes, debía ceñirse a los términos de dicho acuerdo, o podía, en cambio, modificarlo.

En razón de las consideraciones formuladas por mí en forma permanente y reiterada como juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 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” –proceso n° CCC 48341/2013/TO2/CNC1, registro n° 157/2015, sentencia del 15 de junio de 2015 (ver 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 respecto de [REDACTED]



██████████ (artículos 167, 168, segundo párrafo, 172 y cctes. del Código Procesal Penal de la Nación). 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 art. 354 del Código Procesal Penal de la Nación.

Esta solución torna inoficioso ingresar al tratamiento de los agravios introducidos por la defensa en su presentación recursiva y en la oportunidad prevista en el cuarto párrafo del artículo 465 del Código Procesal Penal de la Nación.

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 PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto y, en consecuencia, **CASAR PARCIALMENTE** las sentencias de fs. 621 –cuyos fundamentos obran a fs. 626/638– y 680/692, y **CALIFICAR** el hecho cometido en perjuicio de ██████████ por el que fueron condenados ██████████ y ██████████ como constitutivo del delito de hurto en grado de tentativa; sin costas en esta instancia (arts. 42 y 162 del Código Penal y 456, inc. 2, 470 y 471 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. IMPONER a ██████████ la pena de un mes de prisión y costas, por ser coautor penalmente responsable del delito hurto en grado de tentativa, la cual se da por cumplida con el tiempo de detención sufrido, y **DISPONER, en consecuencia, su inmediata libertad en este proceso, la que deberá hacer efectiva el tribunal de origen** (arts. 40 y 41 del Código Penal y 473 del Código Procesal Penal de la Nación).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 70559/2014/TO1/CNC1

III. IMPONER a [REDACTED] la pena de cinco meses de prisión de ejecución condicional y costas, por ser coautor penalmente responsable del delito hurto en grado de tentativa, en concurso real con robo reiterado en dos oportunidades, y robo en grado de tentativa, debiendo estarse en cuanto a las reglas de conducta, a las ya impuestas por el tribunal *a quo* en el punto dispositivo II de la sentencia de fs. 680/692 (arts. 26, 40 y 41 del Código Penal).

IV. RECHAZAR los restantes agravios presentados por las defensas de [REDACTED] y [REDACTED] sin costas en esta instancia (artículos 470, 471 –ambos *a contrario sensu*–, 475, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Se hace constar que el juez Pablo Jantus participó de la deliberación llevada a cabo el día fijado para celebrar la audiencia prevista en los arts. 465, último párrafo, y 468 del Código Procesal Penal de la Nación y emitió su decisión en el sentido indicado, pero no suscribe la presente por encontrarse actualmente en uso de licencia (artículo 399 *in fine* del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y remítase urgente al tribunal de radicación del proceso, donde deberá notificarse personalmente a los imputados y hacerse efectiva la libertad de [REDACTED] conforme se ordenara en el punto II.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

ALBERTO HUARTE PETITE

MARIO MAGARIÑOS
-EN DISIDENCIA-



Ante mí:

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CÁMARA

