



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 34646/2020/TO1/CNC1

Reg. n° 2221 /2022

//n la ciudad de Buenos Aires, a los 22 días del mes de diciembre de 2022, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Mario Magariños, Pablo Jantus y Alberto Huarte Petite, asistidos por el secretario Guido E. Waisberg, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en este proceso n° CCC 34646/2020/TO1/CNC1, del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 20 de esta ciudad, con fecha 29 de septiembre de 2021 y en lo que aquí interesa, resolvió condenar a los señores _____Ávila, _____Ibarrola, _____Sosa y _____Sosa a la pena de seis años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas por resultar coautores del delito de robo en banda, declarar reincidente a _____Sosa y mantener la declaración de reincidencia de _____Ibarrola.

Asimismo, dispuso imponer al señor Ávila la pena única de nueve años de prisión, comprensiva de la recaída en este proceso y de la sanción de tres años de prisión de cumplimiento efectivo dictada el 23 de marzo de 2021 por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 27 en la causa n° 71917/2018; condenar al señor Ibarrola a la pena única de siete años y once meses de prisión, conformada por la pena establecida en este proceso y por aquella de un año y once meses de prisión de cumplimiento efectivo dictada el 23 de marzo de 2021, en el proceso n° 52007/2018; e imponer al señor _____Sosa la sanción única de nueve años de prisión, comprensiva de la establecida en este proceso y de la pena de tres años de prisión en suspenso dictada el 5 de julio de 2017 por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 9, en la causa n° 12019/2016, cuya condicionalidad se revocó.

Fecha de firma: 22/12/2022

Firmado por: HECTOR MARIO MAGARIÑOS, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALBERTO HUARTE PETITE, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: PABLO JANTUS, JUEZ DE CAMARA DE CASACION

Firmado(ante mi) por: GUIDO WAISBERG, SECRETARIO DE CÁMARA



#35008296#353718514#20221222134227940

II. Contra esa decisión, la defensa de los nombrados interpuso un recurso de casación que fue concedido por el *a quo*, mantenido en esta instancia, y al que la Sala de Turno otorgó el trámite previsto en el artículo 465 del Código Procesal Penal de la Nación.

III. En la etapa contemplada en los artículos 465, cuarto párrafo y 466 del cuerpo legal citado, la defensa realizó una presentación donde reeditó los agravios introducidos en su recurso de casación.

IV. Superada la etapa contemplada en los artículos 465, último párrafo y 468 del Código Procesal Penal de la Nación, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

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

Y CONSIDERANDO:

El juez Mario Magariños dijo:

I

En la sentencia recurrida se tuvo por acreditado que el 10 de agosto de 2020, a las 11:00 horas aproximadamente, los señores _____Ávila, _____Ibarrola, _____Sosa, _____Sosa y una quinta persona no identificada, ingresaron a la vivienda de la calle _____y, tras amordazar y maniatar a sus tres ocupantes y aplicarles golpes a dos de ellos, se apoderaron de numerosos bienes, dispositivos electrónicos y dinero en efectivo. Asimismo, se consideró probado que personal policial procedió a la detención de los cuatro acusados identificados a los pocos minutos en distintos puntos de las inmediaciones del inmueble (en un radio de quinientos metros aproximadamente) y al secuestro de la totalidad de los bienes sustraídos, a excepción de una parte del dinero y un teléfono celular.

Este sustrato fáctico fue calificado jurídicamente como robo en banda (artículo 167, inciso 2º, del Código Penal) y se consideró





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 34646/2020/TO1/CNC1

que los acusados intervinieron en calidad de coautores (artículo 45 del Código Penal).

Su reconstrucción histórica, en lo relativo a la existencia del apoderamiento ilegítimo y la intervención de los acusados en él, no ha sido motivo de agravio y, además, se observa que este aspecto de la decisión recurrida luce un adecuado apego a las pautas de valoración probatoria desarrolladas en los precedentes “Cajal” (reg. n° 351/2015) y “Meglioli” (reg. n° 911/2016) —ver los votos del juez Magariños—.

II

En primer lugar, la defensa consideró que el ilícito debió ser calificado como tentado (conf. artículo 42 del Código Penal), pues no podía concluirse que sus asistidos hubieran tenido poder de disposición sobre los objetos, en función del escaso tiempo transcurrido entre la ocurrencia del suceso y el momento de la detención de los imputados, el breve trayecto que recorrieron y la circunstancia de que fueron recuperados los bienes sustraídos casi en su totalidad. A su vez, el recurrente sostuvo que existían explicaciones acerca del destino del teléfono celular que no fue recuperado (por ejemplo, que una mujer que encontró parte de los bienes hubiese decidido conservarlo, o bien que podría haber quedado dentro del volquete en el cual se ocultó el señor Ávila), y destacó que el tribunal no las tuvo en cuenta.

El razonamiento del tribunal del juicio fue acertado, pues el apoderamiento, como acción típica en el delito de robo, alcanza la consumación en el preciso momento en que el autor logra la concreta posibilidad de disponer de los objetos sustraídos (conf. Frías Caballero, Jorge, *La acción material constitutiva del delito de hurto*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 33), lo cual se verificó en el caso, conforme los extremos fácticos que se tuvieron por acreditados en la sentencia, en la medida en que, tal como acertadamente estableció el *a quo*, una vez que los acusados ejecutaron la



sustracción, huyeron del inmueble y se desplazaron durante varios minutos, razón por la cual contaron con la posibilidad de disponer sobre los bienes sustraídos, en tanto en el lapso transcurrido hasta la detención, los ejecutores contaron con las alternativas de repartir las cosas sustraídas, ocultarlas para luego recuperarlas, abandonarlas, etc., conclusión que se refuerza a partir de la falta de hallazgo de un teléfono celular y una porción del dinero en efectivo, más allá del destino final de esos elementos.

En consecuencia, corresponde confirmar este aspecto de la decisión recurrida.

III

La asistencia técnica de los imputados se agravó por considerar que la sentenciante, al subsumir el hecho probado en el tipo penal de robo agravado por su comisión en banda (artículo 167, inciso 2º del Código Penal), interpretó y aplicó erróneamente la ley sustantiva.

En primer lugar, el recurrente señaló que no existía, en el ordenamiento jurídico nacional, una definición legal de “banda”, de manera que dicha figura resultaba inconstitucional por afectación al principio de legalidad (artículo 18 de la Constitución Nacional), y que la extracción únicamente del número de intervinientes, a partir de la disposición del artículo 210 del Código Penal, resultaba una aplicación analógica *in malam partem*, prohibida por ese principio constitucional. Asimismo, la defensa consideró que la agravante requiere para su configuración la concurrencia de todos los extremos descriptos en el tipo penal que establece la asociación ilícita, lo cual no se verificó en el caso.

Contrariamente a lo sostenido por el impugnante, los magistrados de la anterior instancia, al calificar al suceso como robo agravado por su comisión en banda (artículo 167, inciso 2º, del





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 34646/2020/TO1/CNC1

Código Penal), interpretaron y aplicaron correctamente la ley sustantiva.

En este sentido, basta con recordar, tal como lo he señalado en el precedente “Rejala Rivas” (registro n° 809/2016) —ver el voto del juez Magariños, a cuyos fundamentos cabe remitirse en honor a la brevedad—, que la figura prevista en el artículo 167, inciso 2°, del Código Penal no resulta ilegítima en función del principio de legalidad. En este sentido, expliqué en esa oportunidad que la razón de mayor vulnerabilidad para el bien jurídico “propiedad”, que fundamenta la calificante, no se encuentra en que sus ejecutores formen parte de una asociación permanente o que tengan en mente la realización de delitos indeterminados, y sólo está dada por la mayor eficiencia, para la ejecución del apoderamiento, que importa la actuación conjunta de un elevado número de personas (tres o más), único aspecto éste —el del número de intervinientes—, que corresponde extraer del artículo 210 de la ley de fondo, a partir de una interpretación intrasistemática y, por lo tanto, legítima, del Código Penal.

Por consiguiente, corresponde confirmar este aspecto de la decisión recurrida.

IV

Por otra parte, la defensa cuestionó la fundamentación expuesta en la sentencia para graduar el monto de pena en seis años y seis meses de prisión a los condenados, y sostuvo que correspondía aplicar al caso el mínimo previsto en la escala legal aplicable (tres años).

Al determinar la sanción aplicable, los magistrados de la anterior instancia repasaron las condiciones personales de cada acusado y, tras ello, estimaron como pautas atenuantes que todos cuentan con instrucción básica incompleta y se han desempeñado en empleos informales. A su vez, entendieron que el arrepentimiento



expresado por los condenados en una etapa avanzada del debate oral no podía ser considerado para reducir el reproche punitivo, pues se presentaba como una maniobra dirigida a mejorar su situación procesal.

Como circunstancias agravantes, los sentenciantes tuvieron en cuenta la modalidad y gravedad del suceso que se tuvo por acreditado. En particular, valoraron las tareas de inteligencia efectuadas para elegir el domicilio; que el acceso se concretó mediante un engaño, pues uno de los acusados se presentó como un trabajador que había efectuado reparaciones en la vereda quince días antes, y adujo que precisaba agua para mezclar materiales mientras los demás también simulaban ser obreros de la construcción; la cantidad de intervinientes y de objetos desapoderados; la violencia desplegada contra los damnificados, el empleo de restricciones ambulatorias como medio para favorecer la ejecución del ilícito; la avanzada edad de uno de los damnificados —74 años— y, por último, que el hecho se perpetró en un domicilio particular, un espacio protegido constitucionalmente y que otorga seguridad a quienes lo habitan.

Se observa que el *a quo* ha considerado de modo plausible las pautas normativas de individualización de la pena que constató en el caso y fijó un monto de sanción proporcional a esos extremos, que no merece objeción alguna.

En primer lugar, el recurrente sostuvo que el tribunal oral incurrió en una doble valoración prohibida al valorar la naturaleza, circunstancias y consecuencias del delito, pues tales extremos ya se encuentran contemplados en el propio tipo penal.

La censura carece de una fundamentación suficiente, en tanto la defensa no explica adecuadamente por qué razones la configuración concreta de esos elementos típicos no podría ser graduable y, en consecuencia, valorada de acuerdo a las específicas circunstancias fácticas del caso, tal como lo hizo el tribunal oral en el *sub examine*.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 34646/2020/TO1/CNC1

Asimismo, el impugnante cuestionó la entidad que el tribunal oral le asignó al suceso, pues, a su ver, se trató de un ilícito que no logró consumarse, en el cual la detención de los acusados se efectuó rápidamente, el perjuicio económico ocasionado resultó escaso ya que las víctimas recuperaron casi en su totalidad sus bienes e incluso, se secuestró un monto de dólares superior al sustraído.

En primer término, corresponde señalar que la afirmación en punto al grado de consumación -tentado- del hecho constituye una premisa errónea de la argumentación del recurrente, pues como se señaló más arriba, el suceso fue acertadamente calificado como consumado.

A su vez, la censura a la evaluación del suceso como “grave” por parte del tribunal, se reduce al momento de la detención de los acusados y al perjuicio económico, lo cual implica un análisis parcializado de los elementos valorados en la resolución impugnada para arribar a esa conclusión, pues allí se tuvo en consideración la realización de tareas de inteligencia para la planificación de la acción, la simulación para ingresar al domicilio y la violencia desplegada sobre los damnificados, extremos acerca de los cuales la parte no introduce ninguna crítica.

Por otro lado, la defensa señaló que el *a quo* soslayó determinadas circunstancias que deberían haber conducido a una reducción del monto punitivo establecido —tales como la referencia de uno de los damnificados en punto al buen trabajo de albañilería que habían realizado los acusados en su domicilio, el arrepentimiento exhibido por ellos y el pedido de disculpas dirigido a las víctimas, así como también que no emplearon armas de fuego ni elementos punzocortantes para cometer el hecho—, y sostuvo que los extremos ponderados en ese sentido no tuvieron el impacto que correspondía.

Las críticas del impugnante no pueden prosperar. Ello es así, pues la defensa no sólo omite el análisis de los argumentos expuestos



por el *a quo* para descartar el arrepentimiento de los condenados como una pauta atenuante de la sanción sino que, además, no explica de qué manera ese aspecto, y la referencia favorable sobre el trabajo realizado por los acusados en el domicilio del damnificado determinarían, por sí solos, la imposición de una sanción inferior a la individualizada por el tribunal oral, en la medida que, tal como expliqué en el precedente “Armoha” (reg. n° 921/2016) —ver voto del juez Magariños—, sólo frente a supuestos en los cuales el autor reúna características personales que lo ubiquen en el límite de las condiciones en virtud de las cuales es la propia ley la que excluye la aplicación de la pena, resultaría admisible la ponderación de esa clase de circunstancias.

Por último, cabe destacar que el recurrente no toma a su cargo exponer de qué manera la decisión de no utilizar armas debería tener incidencia en la determinación del monto punitivo concreto, cuando esa circunstancia es la que permitió descartar la subsunción jurídica de la conducta probada en otros tipos penales y, por lo tanto, desechar escalas penales más gravosas.

En consecuencia, corresponde confirmar este aspecto de la decisión impugnada.

V

En último lugar, la defensa se agravió por la decisión del tribunal oral de declarar reincidente a _____ Sosa y mantener la declaración de reincidente impuesta a _____ Ibarrola.

En su recurso de casación, el impugnante postuló la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal por considerar que afectaba diversos principios fundamentales y, subsidiariamente, cuestionó la motivación de la sentencia para considerar aplicable el instituto al señor Sosa, en la medida en que no se estableció si había cumplido como condenado dos tercios de la sanción anterior.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 34646/2020/TO1/CNC1

En su presentación en término de oficina, la defensa agregó que el *a quo* omitió tener en cuenta las condiciones que dieron lugar a la anterior declaración de reincidencia del señor Ibarrola, y tampoco verificó el avance de los acusados dentro del régimen progresivo de la pena, en las condenas que fueron valoradas para considerar aplicable el instituto.

En razón de las consideraciones formuladas en el precedente “Obredor” —reg. n° 312/2015— (ver el voto del juez Magariños), corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, toda vez que, por los motivos allí expuestos, esa regla legal establece una distinción ilegítima, en tanto carece de una fundamentación razonable para su formulación. Por ese motivo, se debe casar la decisión recurrida en este punto, declarar la inconstitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, en tanto esa norma legal contradice lo dispuesto en los artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional y, en consecuencia, dejar sin efecto la declaración de reincidencia impuesta a _____ Sosa y el mantenimiento de la declaración de reincidencia dictado respecto de _____ Ibarrola (artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional, y artículos 470 y 475 del Código Procesal Penal de la Nación).

VI

En definitiva, por todo lo expuesto, corresponde: **I) hacer lugar parcialmente** al recurso de casación interpuesto, **casar parcialmente** la decisión recurrida, **declarar la inconstitucionalidad** del artículo 50 del Código Penal y, en consecuencia, **dejar sin efecto** la declaración de reincidencia dictada a _____ Sosa y el mantenimiento de la declaración de reincidencia impuesta a _____ Ibarrola (artículos 16 y 19 de la Constitución Nacional, y artículos 470 y 475 del Código Procesal Penal de la Nación); **II) rechazar** los restantes agravios presentados por la defensa (artículos 470 y 471, ambos *a contrario sensu*, del Código Procesal Penal de la



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

El juez Pablo Jantus dijo:

1. Adhiero al punto II del voto del doctor Magariños, pues comparto sus consideraciones al tratar el agravio presentado por la defensa orientado a cuestionar el grado de consumación del desapoderamiento perpetrado 10 de agosto de 2020 por _____Ávila, _____Ibarrola, _____Sosa, _____Sosa y una quinta persona no identificada, cuando ingresaron a la vivienda de la calle Mendoza 3736 de este medio y, luego de atar a sus ocupantes y golpear a dos de ellos, se apoderaron de diferentes bienes.

Considero, al igual que el colega que me precede, que el Tribunal ha acertado al descartar aplicación del art. 42 Código Penal; pues precisamente, el hecho de que los imputados hayan huido del inmueble y habidos recién varios minutos más tarde, y que no se hallaran la totalidad de los bienes sustraídos, demuestran a mi modo de ver que concurren los supuestos que demanda la consumación del delito.

Se ha sostenido en diversos precedentes de esta Sala (con la actual integración, cfr. “Alonzo” y cita: Frías Caballero, Jorge, *La acción material constitutiva del delito de hurto*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 33 -reg. n° 1642/2018-, entre muchos otros, a cuyos desarrollos en extenso cabe remitir por cuestión de brevedad) que el *apoderamiento*, como acción típica en el delito de hurto y, por consiguiente, en el de robo, alcanza la consumación en el preciso momento en que el autor logra la concreta posibilidad de disponer de los objetos sustraídos al quitarlos de la esfera de custodia de la víctima.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 34646/2020/TO1/CNC1

Concuerdo con el colega, por las razones que desarrolló en su voto que hago propias, en punto a que debe confirmarse este aspecto de la decisión.

2. Merece, en cambio, ser atendido el agravio de la defensa vinculado con la errónea interpretación y aplicación al caso del delito de robo en poblado y en banda –art. 167 inciso 2 CP–, desde que el *a quo* lo fundó en la intervención de tres o más personas en el hecho. Sobre este asunto me expedí al votar en la causa “Rejala Rivas” de esta Sala (Reg. n° 809/2016), oportunidad en la que concluí que la previsión legal de la que se trata es inconstitucional en tanto al no brindar una definición clara y precisa del sustantivo banda vulnera el principio de taxatividad, mientras que no resulta posible determinarlo por vía hermenéutica ante las innumerables posibilidades que brinda la ley penal, y por importar esa tarea una violación a la prohibición de analogía que integra el citado principio de legalidad (art. 18 CN).

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

Sin embargo, en la medida en que mis colegas durante la deliberación no han coincidido con mi posición, a fin de lograr acuerdo en el caso en estudio (conf. CSJN fallo “Establecimiento Las Marías” Fallos: 341:1063), adhiero a la posición desarrollada en el sufragio del juez Huarte Petite –para excluir esa agravante- porque es la que más respeta -entre las diversas interpretaciones que la doctrina y la jurisprudencia ha realizado del tipo penal analizado- el mencionado principio.

3. Con relación a la cuantía de las sanciones establecidas, corresponde reenviar la causa a fin de que otro tribunal fije el monto de pena bajo la nueva subsunción jurídica, para cada uno de los acusados, y de las penas únicas a imponer a _____Ávila, _____Ibarrola y _____Sosa.



4. En cuanto a las críticas presentadas por la parte impugnante para cuestionar el rechazo del planteo de inconstitucionalidad del instituto de reincidencia previsto en el art. 50 del Código Penal (punto dispositivo VIII de la sentencia recurrida), me remito al tratamiento dado en la causa “Olea” de esta Sala (Reg. n° 192/2015), oportunidad en la que sostuve que la Corte Suprema de Justicia, al fallar en el caso “Arévalo” (A. 558. XLVI, recurso de hecho “Arévalo, Martín Salomón s/ causa 11.835, rta. 27/5/2014) y en diversos casos posteriores, ratificó antigua jurisprudencia que sostenía la constitucionalidad de la reincidencia y su incidencia en el instituto previsto en el art. 14, CP, con remisión a los precedentes “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938), “L’ Eveque” (Fallos: 311:1451) y “Gramajo” (Fallos: 329:3680).

En tal oportunidad que el Máximo Tribunal ponderó 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.

5. El agravio relativo a la falta de fundamentación y errónea aplicación del art. 50 CP debe ser resuelto sobre la base de la posición sentada en el caso “Ullua” de esta Sala (Reg. n° 605/2016), a cuyas consideraciones in extenso me remito, ocasión en la que sostuve 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.

Dicha norma 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,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 34646/2020/TO1/CNC1

Rto. 8/8/89, LL 1989E, p. 65 –ver en particular voto de los jueces 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 formulada 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).

Para declarar reincidente a _____ Sosa el Tribunal consideró como antecedente relevante una condena de un año y un mes de prisión en orden al delito de lesiones graves, con declaración de reincidencia, dictada a su respecto el 3 de octubre de 2018 (confr. certificación obrante en autos), y señaló que debía ser declarado reincidente *“en virtud de haber recibido tratamiento como condenado en el marco de la Causa N° 4720 del Juzgado en lo Correccional No 2 del Departamento Judicial Zárate Campana (art. 50 del CPN)”*.

Se advierte, por un lado, ausencia de fundamentación, pues no efectuó argumentación alguna acerca de las alternativas de la ejecución de la sanción comprendida en el plazo previsto en el art. 50 CP. Por el otro, aun cuando el nombrado hubiese cumplido parte de la condena, me parece evidente que es insuficiente para abastecer los parámetros mencionados precedentemente, puesto que por su muy corta duración resulta insuficiente para realizar un tratamiento penitenciario resocializador progresivo efectivo.



En consecuencia, corresponde dejar sin efecto el punto dispositivo X de la sentencia recurrida, en tanto decidió declarar reincidente a _____ Sosa.

5. Con relación a lo dispuesto en el punto IX de la sentencia, en cuanto se resolvió mantener la declaración de reincidencia emitida respecto de _____ Ibarrola en la causa 6099 (exp. 52.007/18) del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 27 (art. 50 del CPN), habré de señalar lo siguiente.

Como he sostenido anteriormente, más allá de la denominación que se acuerde, cuando se aplica el instituto contenido en el art. 50 del CP debe verificarse que concurren sus presupuestos, sea porque se unifica la sanción con otra precedente –en la que el imputado ha sido declarado reincidente mediante sentencia firme, o no firme, pero en forma correcta, según la regla del art. 58 del CP que se aplique– o porque el imputado ha cumplido una pena previa que da lugar a su procedencia, dentro del plazo estipulado en el art. 50 del CP.

Ahora bien, si no se unifican las sentencias, como en el caso, la resolución –que invoca una condena previa con aplicación del instituto– puede resultar arbitraria, por ausencia de sustento normativo, en la medida en que se trata de una interpretación que habilita la posibilidad de reiteradas e indefinidas oportunidades de mantener una declaración de reincidencia original a lo largo del tiempo, siempre y cuando las sentencias posteriores se encuentren comprendidas y vayan dictando, sucesivamente, en el plazo mencionado; eso no puede permitirse porque la norma específicamente establece un plazo de caducidad (cf. causas de esta Sala “Gómez”, reg. n° 440/16, rta. 8/6/16; “Armoha”, reg. n° 921/16, rta. 14/11/16; “Baldo y Benedetti”, reg. n° 282/2017, rta. 19/4/2017; “Aranda”, reg. n° 102/2018, rta. 19/2/2018).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 34646/2020/TO1/CNC1

Conforme se desprende de la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 27 dictada el 23 de marzo de 2021, donde se dispuso, -además de condenar a _____ Ibarrola a la pena de un año y once meses de prisión de efectivo cumplimiento, su declaración de reincidencia -cuya mantención viene recurrida-, aquel tribunal estableció que *“corresponde declarar [...] REINCIDENTE al nombrado toda vez que ha cumplido pena en calidad de condenado en relación a la causa nro. 4275 del Juzgado Correccional Nro. 3 del Departamento Judicial de San Isidro (art. 50 del CP)”*; asimismo, de la certificación obrante en autos surge que el Juzgado Correccional n° 3 de San Isidro condenó a Ibarrola el 4 de mayo de 2015 a la pena de nueve meses de prisión por el delito de hurto.

En consecuencia, en la medida en que, en este caso, no se unificó la sentencia con la que se invocó; que no se fundó la aplicación del instituto en la existencia de otras condenas relevantes en ese sentido, y que aquella, por su corta duración, no da lugar a la aplicación del instituto -según la interpretación que establecí en el caso de esta Sala “Ullua”, reg. n° 605/2016, rta. 12/8/16-, corresponde revocar ese aspecto de la decisión (en el mismo sentido, causas “Silva”, Reg. n° 2940/20, rta. 13/10/20 y “Nieto Aván”, Reg. n° 856/22, rta. 14/6/22).

En consecuencia, corresponde dejar sin efecto el punto dispositivo IX de la sentencia recurrida, en tanto decidió mantener la reincidencia de Ibarrola.

6. En función de todo lo expuesto, voto por: 1) hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar parcialmente la sentencia recurrida en lo que respecta la subsunción jurídica asignada al hecho por el que se condenó a _____Ávila, _____Ibarrola, _____Sosa y _____Sosa, modificarla por la de robo simple en calidad de coautores, y remitir el caso a otro tribunal exclusivamente a fin de que fije el



monto de pena bajo la nueva subsunción jurídica, para cada uno de los acusados y de las penas únicas a imponer a Ávila, Ibarrola y _____Sosa (artículos 470 y 471, Código Procesal Penal de la Nación, y 45 y 164, del Código Penal); 2) hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto, casar los puntos dispositivos IX y X de la decisión impugnada, en lo que respecta a la aplicación del artículo 50 del código penal y dejar sin efecto la declaración de reincidencia dictada respecto de _____Sosa y el mantenimiento de la declaración de reincidencia impuesta a _____Ibarrola (artículos 470 del Código Procesal Penal de la Nación y 50 Código Penal); 3) rechazar, en lo restante, el recurso de casación interpuesto (artículos 470 y 471, ambos a *contrario sensu*, del Código Procesal Penal de la Nación); y 4) rechazar el recurso de inconstitucionalidad formulado, sin costas (artículos 474, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Alberto Huarte Petite dijo:

I. Los agravios presentados relativos a la motivación de la sentencia en orden a las cuestiones planteadas por los acusados fueron analizados por el suscripto conforme al criterio sustentado, entre otros, en los precedentes “**López**” (Reg. n° 1014/17, acápite III, voto del juez Huarte Petite, rta. 18.10.17) y “**Tévez**” (Reg. n° 1148/17, acápite II b., voto del juez Huarte Petite rta. 9.11.17) –a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad- respecto de la doctrina adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “**Casal**” (Fallos: 328:3329) y recientemente reiterada en “**Barrera**” (Fallos: 345:578, considerando 4°), en lo atinente al alcance que debe asignarse al recurso de casación contra una sentencia condenatoria, en función de lo establecido en los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 34646/2020/TO1/CNC1

II. Sentado lo anterior, respecto al agravio sobre el grado de ejecución alcanzado en el hecho que el *a quo* tuvo por probado, emito mi voto en igual sentido que el juez Magariños, cuya postura al respecto coincide con la adoptada por el suscripto, entre otros, en los precedentes “**Rodríguez**” (Reg. n° 255/19, Sala III, rta. 19.3.19, voto del juez Huarte Petite), “**Gomensoro**” (Reg. n° 262/19, Sala III, rta. 15.3.19, voto del juez Huarte Petite), “**Iturbe de los Santos**” (Reg. n° 293/19, Sala III, rta. 25.3.19, voto del juez Huarte Petite), “**García**” (Reg. n° 1820/19, Sala III, rta. 3.12.19, voto del juez Huarte Petite), “**Uris**” (Reg. n° 1778/20, Sala III, rta. 30.6.20, voto del juez Huarte Petite), “**Espíndola**” (Reg. n° 1781/20, Sala III, rta. 30.6.20, voto del juez Huarte Petite), “**González**” (Reg. n° 2132/20, Sala III, rta. 21.7.20, voto del juez Huarte Petite), “**Camino**” (Reg. n° 2419/20, Sala III, rta. 11.8.20, voto del juez Huarte Petite), “**Rojas Ceron**” (Reg. n° 880/21, Sala III, rta. 17.6.21, voto del juez Huarte Petite), y recientemente en “**Campuzano**” (Reg. n° 2111/22, Sala III, rta. 7.12.22, voto del juez Huarte Petite), a lo que me remito en honor a la brevedad.

III. Por su parte, el agravio sobre la errónea aplicación de la ley penal sustantiva vinculado con la subsunción del hecho en el art. 167, inc. 2º, CP, guarda sustancial analogía con lo dicho por el suscripto, entre otros, en los precedentes “**Iturbe de los Santos**” (Reg. n° 293/19, Sala III, del 25.3.19, voto del juez Huarte Petite), “**Ibarra**” (Reg. n° 1021/19, Sala III, del 5.8.19, voto del juez Huarte Petite) “**Díaz Currea**” (Reg. n° 1035/19, Sala III, del 5.8.19, voto del juez Huarte Petite), “**Catiba**” (Reg. n° 1135/19, Sala III, del 22.8.19, voto del juez Huarte Petite), “**Villalba Benitez**” (Reg. n° 1706/19, Sala III, del 19.11.19, voto del juez Huarte Petite), “**González Paredes**” (Reg. n° 2434/20, Sala III, del 11.8.20, voto del juez Huarte Petite), “**Martínez Britos**” (Reg. n° 476/21, Sala III, del 15.4.21, voto



del juez Huarte Petite), “**González y otros**” (Reg. nº 520/21, Sala III, del 22.4.21, voto del juez Huarte Petite), “**Lazarte**” (Reg. nº 1486/21, Sala III, rta. 7.10.21, voto del juez Huarte Petite), “**Ojeda y Orellana**” (Reg. nº 610/22, Sala III, rta. 5.5.22, voto del juez Huarte Petite), “**Menguez**” (Reg. nº 1353/22, Sala III, rta. 1.9.22, voto del juez Huarte Petite) y más recientemente en “**Benítez**” (Reg. nº 1708/22, Sala III, rta. 20.10.22, voto del juez Huarte Petite).

En los citados fallos consideré que la sola intervención de tres o más personas en la ejecución del delito de robo no agrava por sí sola el tipo penal del artículo 164 del código de fondo.

Recordé allí que tal como lo había sostenido reiteradamente como integrante del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional nº 1, junto con el Dr. Vázquez Acuña, y en esta cámara a partir del precedente “**Feres**” (Registro nº 1099/17, del 30.10.17, voto del Juez Huarte Petite), a cuyos fundamentos cabe aquí remitirse en beneficio a la brevedad, el concepto “*banda*” al que hace referencia la norma en análisis debe entenderse con arreglo a la definición que, al utilizar ambos términos como sinónimos (mediante la utilización de la partícula “o”), proporciona el artículo 210 del Código Penal, esto es, como una “*asociación de tres o más personas destinada a cometer delitos*”.

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





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 34646/2020/TO1/CNC1

Consecuentemente, a mi juicio, corresponde modificar la calificación legal por la de robo simple, por la cual deberán responder los imputados de autos en calidad de autores (arts. 45 y 165, CP), y al igual que lo señaló el juez Jantus en el voto que antecede, apartar al tribunal de origen y encomendar la desinsaculación de uno nuevo a fin de que, a ese sólo efecto, determine los nuevos montos de pena a imponerles.

IV. 1. El planteo de inconstitucionalidad del art. 50, CP guarda sustancial analogía con aquél que fue tratado por el suscripto, entre otros, en los precedentes “**Gauna**” (Reg. n° 1002/17, del 13.10.17), “**Morales Jofre**” (Reg. n° 1122/17, del 31.10.17) y “**Barraza**” (Reg. n° 1288/17 del 11.12.17), en los cuales sostuve, con los alcances allí señalados, la constitucionalidad del artículo 50 del Código Penal, del cual también derivé la compatibilidad del artículo 14 del mismo ordenamiento con nuestra Carta Magna (para mayor ilustración, cabe señalar que un desarrollo *in extenso* del criterio sustentado por el suscripto puede verse en el artículo de mi autoría “*La reincidencia específica y su validez constitucional*”, publicado en la “*Revista en Ciencias Penales y Sistemas Judiciales*”, Número 1, octubre 2019, IJ-DCCCXL-89, LEJISTER.com, Jurídico, Argentina).

No obstante ello, cabe decir ahora, en prieta síntesis, que consideré en tales decisorios que aquella norma, y la consecuencia más grave en cuanto a la ejecución de la pena que de ella se deriva (prohibición de obtener la libertad condicional con arreglo a la disposición citada en último término), halla un adecuado sustento constitucional, 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.

Dicha interpretación, a la que arribé procurando armonizar ambas disposiciones legales con los principios de derecho penal de acto, culpabilidad, igualdad ante la ley y prohibición de la múltiple persecución penal, guarda semejanza, como lo expresé en el referido voto, con 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).

También señalé que en el 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*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 34646/2020/TO1/CNC1

comprensión. Al menos, esa es una función u objetivo que cabe razonablemente atribuir a la pena...

No puede dejar de puntualizarse, entonces, como lo precisé en el fallo mencionado, 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 de la reincidencia.

Señalé también en “**Gauna**” 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 referido precedente.

Así lo hizo, entre muchos otros, 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).

Por último, dije allí que la posición sostenida no parecía totalmente incompatible con aquella que podía 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



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).

Debe agregarse al respecto que los jueces de mérito rechazaron la inconstitucionalidad de la norma en cuestión de manera suficientemente motivada conforme surge de la sentencia en revisión (todo lo cual debe tenerse por reproducido en beneficio a la brevedad), con fundamentación que, *mutatis mutandi*, se encuentra en línea con la aquí sustentada de modo que, por las razones adicionales que se expondrán a continuación, los planteos en orden a la aplicación al caso de la norma aludida no habrán de prosperar.

2. Con relación al condenado Ibarrola, he de señalar que en los precedentes “**Sandoval**” (Reg. n° 1450/19, rta. 9.10.19, voto del juez Huarte Petite), “**Rago**” (Reg. n° 1607/19, Sala III, rta. 7.11.19, voto del juez Huarte Petite), “**Uris Fernández**” (Reg. n° 1778/20, rta. 30.6.20, voto del juez Huarte Petite), “**González**” (Reg. n° 408/21,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 34646/2020/TO1/CNC1

rta. 06.04.21, voto del juez Huarte Petite), “S., J. L.” (Reg. n° 2041/21, Sala III, rta. 30.12.21, voto del juez Huarte Petite), “Farina” (Reg. n° 262/22, Sala III, rta. 17.3.22, voto del juez Huarte Petite) “Fumaneri” (Reg. n° 642/22, Sala III, rta. 12.5.22, voto del juez Huarte Petite), y recientemente en “Dalmau” (Reg. n° 1966/22, Sala III, rta. 17.11.22, voto del juez Huarte Petite), cuyos fundamentos cabe dar reproducidos en beneficio a la brevedad, sostuve que con independencia del *nomen juris* que se le asigne, “mantener” una declaración de reincidencia respecto de un imputado no puede significar otra cosa, en verdad, que un nuevo pronunciamiento en idéntico sentido al que ya fue efectuado con anterioridad; esto es, y en definitiva, el de “*declararlo reincidente*” con los efectos que le son propios.

Ello requiere, en consecuencia, analizar si efectivamente se verifican en el caso los extremos previstos en el art. 50, CP, conforme a la inteligencia de la norma antes enunciada, que justifiquen dicha nueva declaración de reincidencia, aun cuando se la denomine, sin más, como “mantener” una anterior.

3. El *a quo* fundó las declaraciones de reincidencia en autos diciendo que “...corresponde mantener, en el caso de _____ Ibarrola, la declaración de reincidencia emitida a su respecto en la causa 6099 (exp. 52.007/18) del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 27, por no haber transcurrido el plazo legalmente previsto para dejar de tenerla en consideración.

En tanto, _____ Sosa debe ser declarado reincidente en virtud de haber recibido tratamiento como condenado en el marco de la Causa N° 4720 del Juzgado en lo Correccional N° 2 del Departamento Judicial Zárate Campana Al efecto, nótese que con fecha 3 de octubre de 2018 fue condenado a la pena de un año y un mes de prisión, que el fallo adquirió firmeza el 30 de ese mismo mes y



año, y el 13 de diciembre de 2019 reingresó al medio libre, por haber operado el vencimiento de la sanción. Rige el art. 50 del CPN...”.

En tal orden de ideas, debe señalarse que según se desprende de los certificados de antecedentes penales condenatorios y demás constancias incorporadas a esta causa (que los sentenciantes tuvieron a la vista a los fines de decidir lo aquí tratado), por sentencia de fecha 5 de septiembre de 2018 el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 27 condenó a _____ Ibarrola a la pena de un año y once meses de prisión por haberlo considerado coautor del delito de robo en poblado y en banda en grado de tentativa y lo declaró reincidente con relación a la causa n° 4275 del Juzgado Correccional n° 3 del Departamento Judicial de San Isidro, provincia de Buenos Aires, en el marco de la cual el 4 de mayo de 2015 se lo había condenado a la pena de nueve meses de prisión por haber sido autor del delito de hurto por escalamiento en grado de tentado, sanción que cumplió el 18 de noviembre de ese año tras su agotamiento.

Paralelamente, surge que el 3 de octubre de 2018 Jorge Daniel Sosa fue condenado por el Juzgado en lo Correccional n° 2 del departamento judicial Zárate – Campana, provincia de Buenos Aires a la pena de un año y un mes de prisión de prisión por haber sido autor del delito de lesiones graves y lo declaró reincidente.

Este último decisorio adquirió firmeza el 30 de ese mismo mes y año, y se fijó el 13 de diciembre de 2019 como fecha de vencimiento de esa pena, día en el que Sosa recuperó su libertad por haberla cumplido íntegramente.

3.a. Situación de _____ Ibarrola

En este caso se observa la identidad de los bienes jurídicos lesionados, entre el delito por el que cumplió pena 2con anterioridad y el que cometió con motivo de la formación de esta causa (propiedad), lo que satisface el criterio de reincidencia específica al que adscribo.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 34646/2020/TO1/CNC1

De esta manera, puede tenerse por verificado el carácter comunicativo de la pena privativa de libertad anterior, motivo por el cual cabe predicar lo propio respecto del efecto que ello produjo sobre su mayor comprensión y consecuente conocimiento de la criminalidad o de la antijuridicidad del nuevo hecho cometido.

3.b. Situación de _____ Sosa

A su respecto resulta de aplicación, *mutatis mutandi*, lo dicho en el precedente “**Marqués**” (Reg. n° 545/18, Sala III, rta. 17.5.18, voto del juez Huarte Petite), pues si bien son distintos, en principio, los bienes jurídicos protegidos de modo principal por cada uno de los tipos penales involucrados en el caso (integridad física y propiedad), el accionar desplegado por el colectivo integrado por el imputado en el hecho que se le atribuye, conforme a la descripción fáctica efectuada en el voto del juez Magariños, incluyó el despliegue de una relevante violencia física contra las víctimas, quienes fueron objeto de diversos golpes.

De esta manera, se cumple el requisito al cual me he referido en el encabezamiento pues su accionar, en lo que aquí interesa, resultó sustancialmente análogo en la medida en que más allá de la finalidad perseguida en cada caso (en el que aquí nos ocupa, orientado a la afectación de la propiedad), en ambos ejerció violencia física contra las personas.

En consecuencia, toda vez que Sosa cumplió, según se desprende de la información relevada por el tribunal de grado, pena privativa de libertad, por más de un año, por la realización de un tipo penal que guarda, en los aspectos aquí precisados, sustancial analogía con el que ahora nos ocupa, y que desde el vencimiento de dicha pena (ocurrido el 13 de diciembre de 2019), hasta la comisión del hecho aquí analizado (10 de agosto de 2020), no ha transcurrido el plazo previsto por el último párrafo del art. 50 del Código sustantivo, la declaración de reincidente efectuada por el “*a quo*” respecto de



Jonathan Sosa, con arreglo a la interpretación aquí efectuada de dicha normativa, se encuentra ajustada a derecho.

4. En los precedentes de este colegio “**Caballero Cano**” (Reg. nº 1867/19, Sala III, rta. 10.12.19, voto del juez Huarte Petite), “**Barboza**” (Reg. nº 1133/19, Sala III, rta. 26.8.19, voto del juez Huarte Petite) y “**Espíndola**” (Reg. nº 1781/20, Sala III, rta. 30.6.20, voto del juez Huarte Petite), entre otros, señalé que el artículo 50 del Código de fondo no precisa cuál es el período al que debe acceder el condenado en su tratamiento para ser declarado reincidente, sino que sólo se limita a indicar como presupuesto el cumplimiento anterior, total o parcial, de una pena privativa de libertad, lo que determinará que el mensaje que recibió el condenado, a partir del carácter comunicativo de la sanción impuesta por sentencia judicial, haya sido suficientemente claro y explícito, y quedase incorporado con firmeza en su experiencia vital.

En esa dirección resulta pertinente, con arreglo a lo que sostuve en “**Barboza**”, la cita del precedente “**Gómez Dávalos**” (Fallos: 308:1938), en cuanto a que a partir del considerando 5º, allí se dijo 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*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 34646/2020/TO1/CNC1

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)....” (el destacado me pertenece).

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 allí fijada, conforme a la cual el único dato objetivo del cumplimiento anterior de una pena privativa de libertad (salvo supuestos excepcionales como “*uno o pocos días de cumplimiento*”), 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, 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...*”.

A su vez, en el precedente “**Romero**” (Fallos 333:1075), conforme se desprende de los considerandos 5° a 9°, se ratificó el



aludido criterio, precisándose que por “*cumplimiento de pena*” a los fines del artículo 50 del Código sustantivo no debía entenderse cualquier fracción de encierro amparada por una sentencia firme sin que el imputado hubiese sido efectivamente sometido al régimen de detención propio de los condenados, pues la asunción por el legislador del sistema de reincidencia real “*...deja fuera al encierro experimentado por quien ha sido sometido a un régimen cautelar propio de la prisión preventiva...*”.

Por último, ha de decirse que en el más reciente pronunciamiento “**Fernández, Andrés Juan s/ robo**”, sentencia del 28 de mayo de 2019, CCC 45525/2013/T01/6/1/RH1, en un caso en que el imputado había sido condenado el 9 de mayo de 2011, por sentencia que adquirió firmeza el 4 de abril de 2012, a la pena de cinco años de prisión, y en la que se le había concedido la libertad condicional el 12 de junio de 2013 (esto es, luego de poco más de un año y dos meses de estar sujeto al régimen de condenado), se dejó sin efecto una decisión de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal que había, a su vez, dejado sin efecto la declaración de reincidencia efectuada a su respecto por un Tribunal Oral en lo Criminal de esta ciudad; ello así, por considerar la Corte que por la sola circunstancia de haber cometido el imputado un nuevo delito, en tales circunstancias, dos meses después de “*haber cumplido parcialmente*” la aludida pena de cinco años de prisión, resultaba aplicable el art. 50 del Código Penal y la declaración de reincidencia.

Con lo cual la Corte volvió a concluir en que, siempre que se hubiese cumplido un tiempo de detención como condenado (excepción hecha de circunstancias especialísimas como las mentadas en “**Gómez Dávalos**”), ello era suficiente para entender verificados los extremos de aquella norma, la cual será aplicable ante la única constatación del dato objetivo de cumplimiento, total o parcial, de una condena a pena privativa de libertad anterior, sin que corresponda





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 34646/2020/TO1/CNC1

analizar los pormenores del tiempo y avance en el tratamiento penitenciario que le fue dispensado.

Así las cosas, es claro que, conforme a los datos ya precisados, en el caso de Ibarrola se controló el cumplimiento de la condena relevada por un tribunal de ejecución por un lapso aproximado de seis meses, y que en consecuencia, se sometió al imputado al tratamiento penitenciario respectivo con arreglo a la normativa vigente por un tiempo adecuado a los términos de la norma en juego.

Lo propio ocurre en el caso de Sosa, quien cumplió pena privativa de libertad por un lapso superior al año.

A ello debe señalarse que, de adverso a tales datos objetivos, la defensa no acreditó al momento de instrumentar su recurso que se hubiese verificado en el *sub lite* alguno de los supuestos excepcionales a los cuales se aludió en el precedente de mención, que autorizarían a no tener por verificado el requisito legal exigido en atención a lo exiguo del tiempo cumplido como condenados, y se limitó a manifestar una mera disconformidad con lo resuelto, reeditando una propuesta de interpretación de la norma similar a la que fue rechazada por la Corte, como se dijo, ya desde el referido precedente “Gómez Dávalos”.

V. Sentado cuanto antecede, y sin costas en la instancia por haber tenido razones plausibles para litigar (arts. 530 y 531, CPPN) voto entonces por:

A. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar parcialmente la sentencia recurrida, establecer que el hecho por el que se condenó a _____Ávila, _____Ibarrola, _____Sosa, _____Sosa, encuadra en el tipo penal de robo simple, por el que deben responder en calidad de coautores (arts. 45 y 164, CP), y reenviar el caso a fin de que otro tribunal, a ese sólo efecto, fije el monto de pena a imponerse bajo la nueva subsunción jurídica para cada uno de los acusados, al igual que



el monto de las penas únicas respecto de Ávila, Ibarrola y _____ Sosa (artículos 470 y 471, CPPN, y 45 y 164, del Código Penal).

B. En lo restante, rechazarlo -al igual que el de inconstitucionalidad- y confirmar con el alcance que se precisó el fallo impugnado. Rigen los arts. 470, 471 -ambos a *contrario sensu*- y 474, *ibídem*.

Por ello, la **Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de esta ciudad, por mayoría, RESUELVE:**

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa, **CASAR PARCIALMENTE** la decisión recurrida, **MODIFICAR** la calificación legal del hecho por el que se condenó en autos a los señores _____Ávila, _____Ibarrola, _____Sosa y _____Sosa por la de robo simple y **REMITIR** las actuaciones a otro órgano jurisdiccional exclusivamente a fin de que determine el monto de pena a imponer a los condenados por el hecho que se tuvo por probado en este proceso y las penas únicas correspondientes a los señores _____Ávila, _____Ibarrola y _____Sosa (artículos 470 del Código Procesal Penal de la Nación y 164 del Código Penal).

II. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa, **CASAR PARCIALMENTE** la decisión recurrida, **DEJAR SIN EFECTO** la declaración de reincidencia dictada a _____Sosa y el mantenimiento de la declaración de reincidencia impuesta a _____Ibarrola (artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

III. RECHAZAR los restantes agravios presentados (artículos 470 y 471, ambos a *contrario sensu*, y 474, del Código Procesal Penal de la Nación).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 34646/2020/TO1/CNC1

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

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta cámara, regístrese, infórmese mediante oficio electrónico al tribunal correspondiente de lo aquí decidido —el cual deberá notificar personalmente a los imputados—, notifíquese, comuníquese (Acordada n° 15/13 CSJN; LEX 100) y remítase el incidente de acuerdo a las pautas sentadas en la Acordada n° 27/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

PABLO JANTUS
PETITE

MARIO MAGARIÑOS

ALBERTO HUARTE

Ante mí,

GUIDO WAISBERG
SECRETARIO DE CÁMARA

