



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

Reg. n° 241 /2021

//n la ciudad de Buenos Aires, a los dos días del mes de marzo de dos mil veintiuno, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Mario Magariños, Pablo Jantus y Alberto Huarte Petite, asistidos por el secretario Guido Waisberg, para resolver el recurso de casación interpuesto en este proceso n° CCC 24687/2012/TO1/CNC1, caratulado “Dutra, M. N. s/ robo” del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 19 de esta ciudad, con fecha 12 de abril de 2017, resolvió, en lo que aquí interesa, condenar al señor M. N. Dutra a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas por considerarlo autor del delito de homicidio agravado por haber sido cometido para procurar la impunidad para sí, en concurso real con el delito de tentativa de robo agravado por el uso de un arma de fuego, éste último en calidad de coautor. Asimismo, se lo declaró reincidente.

II. Contra esa decisión, la defensa del señor Dutra interpuso recurso de casación, el cual fue concedido y oportunamente mantenido en esta instancia.

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

IV. En la oportunidad prevista en los artículos 465, 4° párrafo y 466 del cuerpo legal citado, no se realizaron presentaciones.

V. Superada la etapa contemplada en los artículos 465, último párrafo y 468 del Código Procesal Penal de la Nación –en la cual la defensa presentó un escrito de “breves notas”, sin introducir nuevos



motivos de agravio- las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

VI. Iniciada la deliberación, no pudo arribarse a una mayoría, a los efectos de dictar resolución, en los términos exigidos en los arts. 398 y 469 CPPN. En función de ello, se dispuso remitir el expediente a la Oficina Judicial a fin de que ésta proceda a integrar la Sala de conformidad con establecido en el art. 26 del decreto 1285/58, los arts. 109 y 110 del Reglamento para la Justicia Nacional y el art. 36 inc. b) del Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional (aplicable en función de la remisión dispuesta por el art. 57 del Reglamento de esta Cámara) y tal como se ha ordenado en anteriores ocasiones (cfr. causas n° CCC 2496/2011/T01/1/RH1, caratulada “Recurso de queja de López, Gastón M. en autos López, Gastón M. s/ homicidio culposo”, rta. 23/12/15, reg. ST 1148/2015; n° CCC 31871/2011/T01/1/RH1, caratulada “Recursode queja en autos De Oliveira Souza, Marcio s/defraudación”, rta. 11/8/16, reg. 638/2016; n° CCC 6469/2017/T01/CNC1, caratulada “López, Rodolfo Javier s/ lesiones culposas”, reg. n° 1024/2019, rta.el 10/7/2019; n° CCC 63370/2005/T01/3/CNC3, caratulada “Álvarez, Claudio Adrián s/ legajo de ejecución”, reg. n° 1724/2019, rta. el 19/11/2019; entre otras).

Remitidas las actuaciones a la Oficina Judicial, resultó desinsaculado el juez Eugenio Sarrabayrouse para integrar la Sala y emitir su voto en punto a la cuestión sobre la cual no se había arribado a una mayoría.

Al no haberse alcanzado una mayoría con la intervención del magistrado mencionado anteriormente, se remitieron las actuaciones nuevamente a la Oficina Judicial y resultó sorteado el juez Horacio Días para emitir su voto.

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





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

Y CONSIDERANDO:

El juez Mario Magariños dijo:

–I–

En la sentencia impugnada se tuvo por probado que el día 2 de julio de 2012, aproximadamente a las 21:15 hs., el señor Dutra y otra persona no identificada ingresaron al departamento ubicado en la calle , segundo piso, unidad “D”, de esta ciudad y, luego de exhibir un arma de fuego a la señora A. M. P. y al señor J. A. H., intentaron apoderarse ilegítimamente de una computadora portátil marca Toshiba que allí se encontraba.

Asimismo, en la decisión recurrida se consideró acreditado que, inmediatamente después, y luego de que el sujeto no identificado se retiró del lugar, el señor Dutra fue sorprendido por el señor D. E. B. – quien acababa de arribar al domicilio–, se trabó en lucha con el nombrado en el pasillo del segundo piso del edificio y, luego de mantener un forcejeo, le efectuó dos disparos con un arma de fuego que impactaron en su tórax y mejilla izquierda, causándole la muerte trece días después, y luego, sin cosas muebles ajenas en su poder –pues la computadora mencionada quedó tirada en ese pasillo–, se retiró del edificio y se alejó del lugar a bordo de una camioneta que allí lo esperaba.

Esa plataforma fáctica fue calificada jurídicamente como homicidio agravado por haber sido cometido por el autor para procurar la impunidad para sí, en concurso real con el delito de tentativa de robo agravado por el uso de un arma de fuego (artículos 80, inciso 7º, sexto supuesto, y 166, inciso 2º, segundo párrafo, del Código Penal) y por esa razón el tribunal oral condenó al señor Dutra a la pena de prisión perpetua, le impuso la inhabilitación absoluta contemplada en el artículo 12 del Código Penal, y lo declaró reincidente.



La reconstrucción histórica de los episodios, en lo relativo a la materialidad de los hechos, no ha sido motivo de agravio y, además, se advierte que el tribunal oral arribó a esa conclusión mediante un adecuado apego a las pautas de valoración probatoria derivadas de la regla fundamental que consagra al estado jurídico de inocencia y de la regla legal que establece la sana crítica racional, lo cual permite sostener, luego de una revisión de carácter amplio de la condena, en función de lo dispuesto en el artículo 8, inciso 2°, apartado “h” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y definida conforme los parámetros fijados por este tribunal en los precedentes “Cajal” –registro n° 351/2015– y “Meglioli” –registro n° 911/2016– (ver los votos del juez Magariños), que el *a quo* respetó los límites establecidos por aquellos principios normativos propios de la tarea de reconstrucción de un suceso objeto de condena.

–II–

1. En su recurso de casación, la defensa se agravio, en primer lugar, por considerar que el tribunal oral debió excluir del conjunto de elementos de prueba la información obtenida mediante diversas intervenciones telefónicas realizadas en la etapa de investigación, pues esas medidas, a su ver, fueron practicadas mediante la violación de diferentes derechos fundamentales.

2. El agravio carece una fundamentación adecuada y, en consecuencia, debe ser declarado inadmisibles (artículo 444, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación).

Ello es así pues, al formular su planteo, el recurrente omite explicar cuál sería el perjuicio concreto generado por la incorporación de esos elementos de prueba, lo cual se torna más evidente aún si se repara en que la propia defensa, al desarrollar su crítica, explícitamente reconoce que esa evidencia no fue “*valorad[a] por el alegato acusatorio, ni valorad[a] de manera manifiesta en la arbitraria sentencia puesta en crisis*”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

-III-

La defensa también se agravió por la decisión del tribunal oral de considerar probado que el acusado intervino en los hechos que se tuvieron por acreditados, y señaló que los elementos de prueba producidos durante el debate oral y público no permitían considerar probado este extremo con el grado de certeza normativa exigible a una sentencia condenatoria.

1. Los magistrados de la anterior instancia justificaron este aspecto de su decisión, centralmente, con base en que en el pasillo del segundo piso del edificio en el cual tuvieron lugar los episodios se halló un teléfono celular propiedad del acusado, y que tal extremo fue reconocido por el imputado y su defensa durante el debate oral y público.

En este sentido, los magistrados de la anterior instancia ponderaron que ello fue así con relación a un teléfono celular marca “Blackberry”, nº 11-3379-8245 (cfr. actas de fs. 351 y 704/705, incorporadas por lectura al juicio), y valoraron que, conforme expresó durante el debate el señor J. A. H., ese aparato se encontraba en la esfera de custodia de la persona que efectuó los disparos a la víctima y se le cayó mientras forcejeaba con ella.

Frente a ese dato objetivo, el *a quo* analizó la hipótesis alternativa introducida por el imputado –esto es, que el día de los episodios extravió su teléfono celular, al momento de su comisión se encontraba jugando un partido de fútbol, y advirtió esa circunstancia una vez que regresó a su domicilio, pues notó que no tenía ese aparato en su poder cuando estaba por comenzar ese partido pero creyó que lo había dejado cargando en su hogar– y consideró que correspondía descartarla por tratarse de una hipótesis inverosímil.

a. En la sentencia recurrida se sostuvo que ello era así en tanto el acusado se presentó en una comisaría para realizar una denuncia por el extravío de ese teléfono celular a las 00:41 hs. del día 3 de julio



de 2012, aproximadamente tres horas después de los hechos imputados (cfr. constancia de fs. 820, incorporada por lectura al debate), y ello, de acuerdo con el razonamiento de los sentenciantes, constituyó un intento del acusado de ocultar su intervención en los episodios.

Concretamente, los jueces del juicio consideraron que una serie de circunstancias apoyaban esa conclusión, a saber: a) el imputado no pudo ofrecer ninguna precisión sobre las circunstancias concretas en las que perdió ese aparato, lo cual, al desempeñarse como cadete de mensajería en motocicleta, era esperable de su parte por tratarse de su instrumento de trabajo; b) el propio acusado explicó en su declaración que ese teléfono celular no se encontraba asegurado; y c) si bien afirmó que la razón por la cual decidió efectuar la denuncia fue que la señora María Laura Lapettina –con quien mantenía una relación de pareja al momento de los hechos– no le creía y afirmaba que lo había olvidado en la casa de otra mujer con la que le era infiel, la nombrada, en su declaración durante el juicio, expresó que la decisión de realizar la denuncia fue adoptada exclusivamente por el acusado y que no sospechaba que éste mantenga relaciones con otra persona.

b. En esa dirección, los sentenciantes también consideraron lo afirmado por el acusado en punto a que todos los días lunes jugaba partidos de fútbol entre las 20:00 y 22:00 hs., y que ello sucedió también el día en el cual acontecieron los hechos, y valoraron que, si bien los testigos Ángel Emir Portinari, Juan Manuel Pérez y Gabriel Fernández corroboraron la existencia de esa rutina en sus declaraciones durante el juicio, no lograron, en cambio, afirmar que el acusado efectivamente acudió al partido de fútbol organizado el día en el cual tuvieron lugar los sucesos.

Con relación a ello, el tribunal oral agregó que otra circunstancia que incidía negativamente en la verosimilitud de la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

hipótesis alternativa introducida por el acusado era que éste no aportó los datos de las personas con las que habría jugado ese partido de fútbol, luego de que se le dictó la falta de mérito en este proceso, sino, por el contrario, luego de transcurrido un tiempo considerable y ante la cercanía de la realización del debate oral y público.

c. Asimismo, en la decisión impugnada se tuvo en cuenta que el teléfono celular del acusado registraba diferentes llamadas entrantes desde el móvil de su pareja, la señora María Laura Lapettina y, en particular, que una de ellas, escasos minutos antes de la comisión de los hechos –esto es, a las 21:07 hs.– activó una antena ubicada a tres cuadras del lugar de los episodios (cfr. constancias documentales de fs. 740/745, incorporadas por lectura al debate oral y público).

Sobre ese marco, y luego de valorar que, de acuerdo con las filmaciones que registraron el momento en el cual los intervinientes en el episodio se alejaban del lugar a bordo de una camioneta, ello sucedió a las 21:22 hs. (cfr. vistas fotográficas de fs. 282/283, incorporadas al juicio), los sentenciantes sostuvieron: “¿es posible que en ese período, Dutra haya perdido el celular, que alguien distinto a él lo haya encontrado, que esa persona accediese con otros individuos al inmueble de Catamarca 1155, aguardar en la escalera el ingreso de algún ocupante, ingresar a un departamento, forcejear con una persona y dispararle [...], descender dos pisos por escalera, llegar a la puerta de la calle, disparar para abrirla, salir corriendo y ascender a una camioneta?”, y consideraron que ello consistía en una mera hipótesis *ad hoc* carente de respaldo en los elementos de prueba producidos durante el debate oral y público.

d. Posteriormente, los jueces del juicio valoraron los resultados negativos que arrojaron las ruedas de reconocimiento que se practicaron durante la etapa de investigación con la intervención de los testigos H. y P. (cfr. fs. 847 y 848 respectivamente, incorporadas por lectura al debate oral y público) y consideraron que



no se trataba de evidencias que permitieran respaldar la hipótesis alternativa introducida por el imputado.

Concretamente, los sentenciantes expresaron que ello era así pues, en el caso del testigo H., el nombrado explicó durante el juicio que le fue “difícil” identificar alguno de los sujetos que intervinieron en los hechos por la rapidez en la cual tuvieron lugar, y que lo afirmado por él acerca de la contextura “robusta” que poseía la persona que efectuó los disparos, pese a no ser un rasgo físico con el que cuente el acusado, podía encontrar explicación en el hecho de que, conforme afirmó el mismo testigo, ese sujeto contaba con una campera que pudo hacerle aparentar una contextura más “corpulenta”.

Del mismo modo, con relación a la testigo P., los jueces del juicio ponderaron que la nombrada, en su declaración durante la etapa de investigación, precisó que por el “nerviosismo” vivido no podía aportar más datos sobre las características del sujeto que efectuó los disparos.

e. Por último, el *a quo* valoró que el acusado registra un antecedente condenatorio en el cual se tuvo por acreditado un hecho ejecutado mediante una modalidad similar a la de los hechos considerados probados en este proceso, y que ello constituía un “*indicio de personalidad, en cuanto carácter, hábitos, disposiciones y modalidad delictiva*”.

En este sentido, los magistrados destacaron que tal es el caso de la sentencia dictada en el proceso n° 1837 del registro del Tribunal en lo Criminal n° 4 del departamento judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires (cfr. fs. 2284/2296, incorporadas por lectura al juicio), en la cual se tuvo por probado que el acusado y otro sujeto, mediante el empleo de un arma de fuego, se apoderaron ilegítimamente de un automóvil.

2. En su recurso de casación, la defensa argumentó que, al contrario de lo sostenido por los jueces del juicio, los elementos de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

prueba producidos durante el debate oral y público no permitían descartar la hipótesis alternativa introducida por el imputado con el grado de certeza normativa exigible a una sentencia condenatoria.

Con relación a la valoración efectuada por los magistrados sobre la denuncia de extravío que el imputado formuló en una comisaría, el recurrente objetó lo siguiente: a) que se haya establecido, con base en la constancia de fs. 820 (incorporada por lectura al juicio), que ello fue realizado a las 00:41 hs., pues tanto el acusado como la señora Lapettina afirmaron durante el debate oral y público que permanecieron “un tiempo prolongado” en esa sede policial antes de que se les tome la denuncia; y b) el hecho de que la nombrada no haya expresado que el motivo de la denuncia fue el reproche que ella le dirigió al acusado por sus sospechas de infidelidad, no impedía concluir que ello fue efectivamente así, pues ambos declararon durante el juicio que su relación se encontraba deteriorada en esa época.

Asimismo, la asistencia técnica del acusado criticó el razonamiento empleado por el tribunal oral para descartar que el imputado haya participado en un partido de fútbol el día de los hechos, y sostuvo que apoyar esa conclusión, tal como lo hicieron los sentenciantes, en que los testigos que declararon durante el juicio no pudieron “afirmar asertivamente” si ello fue así, implicó una inversión de la carga de la prueba contraria a las exigencias de la presunción de inocencia.

Por otro lado, el recurrente también se agravió por la decisión de los sentenciantes de considerar que el imputado utilizó el teléfono celular por última vez a las 21:07 hs., y concluir, con base en ese dato, que resultaba inverosímil entender que una persona pudo encontrar el aparato y llevarlo al lugar de los hechos tan solo unos pocos minutos antes de su ejecución. En este sentido, la defensa consideró que, por el contrario, correspondía concluir que el acusado utilizó el teléfono



celular por última vez a las 19:35 hs., al atender una llamada telefónica proveniente del móvil de su pareja, y que no era un obstáculo para esa posibilidad el hecho de que existen registros de llamadas entrantes posteriores, pues ellas fueron recibidas por la persona que halló el móvil que el acusado extravió y mientras éste se encontraba jugando el partido de fútbol mencionado.

Con relación a esto último, el recurrente señaló que un dato que apoyaba esa hipótesis era que la persona que en esa época mantenía una relación de pareja con el acusado, la señora María Laura Lapettina, explicó en su declaración durante el debate oral y público que intentó comunicarse en varias oportunidades con el acusado pero no logró dialogar con él, pues en algunas ocasiones el llamado era atendido pero no escuchaba ninguna voz, tal como habría sucedido en el llamado registrado a las 21:07 hs.

Por otro lado, la defensa se agravió con base en que las ruedas de reconocimiento en las que intervino el acusado arrojaron resultados negativos, y añadió que el tribunal oral no tuvo debidamente en cuenta que los testigos asignaron a la persona que efectuó los disparos rasgos físicos que el acusado no tiene.

Asimismo, la asistencia técnica del señor Dutra criticó las inferencias que el tribunal oral efectuó a partir del antecedente condenatorio que el nombrado registra, y sostuvo que ese proceder implicó una violación de los límites impuestos a la jurisdicción por el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Finalmente, el recurrente sostuvo que el tribunal oral incurrió en un supuesto de arbitrariedad al omitir ponderar una serie de circunstancias relevantes para la solución del caso, a saber: a) una de las personas que se encontraba en el inmueble –el señor J. A. H.– se dedicaría a la comercialización de estupefacientes, y el episodio podría encontrar explicación en esa circunstancia, pese a lo cual los sentenciantes omitieron considerar que durante el juicio no se





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

probó la existencia de algún vínculo entre el nombrado y el imputado; b) los sujetos que ingresaron al inmueble afirmaron ser funcionarios policiales y, pese a ello, el *a quo* no tuvo en cuenta que el acusado no pertenece a ninguna fuerza policial; y c) pese a que se halló en el lugar de los hechos una bolsa con elementos que llevaban los sujetos que intervinieron en los episodios, en la sentencia recurrida no se valoró que las pericias químicas efectuadas concluyeron que éstos carecían de rastros que permitieran encontrar muestras de ADN.

3. Al contrario de lo sostenido por el impugnante, la sentencia recurrida exhibe un adecuado apego a las pautas de valoración probatoria derivadas de la regla fundamental que consagra al estado jurídico de inocencia y de la regla legal que establece la sana crítica racional, conforme fueron desarrolladas en los citados precedentes “Cajal” -registro n° 351/2015- y “Meglioli” -registro n° 911/2016- (ver los votos del juez Magariños), lo cual permite concluir que, en efecto, fue acertada la decisión del tribunal oral de concluir que la alternativa introducida por el acusado constituyó una mera hipótesis *ad hoc* carente de cualquier tipo de respaldo probatorio.

En primer lugar, con relación a las críticas efectuadas por la defensa sobre la valoración que los sentenciantes efectuaron sobre la denuncia de extravío formulada por el acusado, éstas deben ser rechazadas pues, frente a lo señalado por el *a quo* en punto a las razones por las cuales ello debería ser considerado como un intento del acusado de ocultar su intervención en los episodios, el recurrente no explica cuál sería la relevancia de considerar que esa denuncia no fue realizada a las 0:41 hs. del día 3 de julio de 2012 sino algunas horas antes, ni tampoco demuestra por qué razones, frente a lo afirmado por su pareja en punto a que fue él quien tomó la decisión de realizar la denuncia, correspondería concluir que lo decisivo para ello fueron los celos que ella tenía.



Por otro lado, tampoco puede prosperar el agravio dirigido a cuestionar la decisión de los jueces del juicio de considerar acreditado que el llamado recibido en el teléfono del señor Dutra a las 21:07 hs. fue efectuado mientras el nombrado tenía el aparato en su esfera de custodia, pues lo afirmado por su pareja en punto a que no escuchó voces cuando la atendieron no obliga a concluir automáticamente que la persona que atendió no era el acusado, y además, aun de asistir razón a la defensa en que el último llamado que éste atendió fue el registrado a las 19:35 hs., esa parte no explica por qué motivos la hipótesis alternativa introducida, solo por esa razón, dejaría de constituir una de carácter *ad hoc*.

Lo anterior, a su vez, conduce a desestimar la impugnación sustentada en la forma en la cual el *a quo* valoró las declaraciones efectuadas durante el debate oral y público por aquellas personas que, en la época de los episodios, jugaban al fútbol los días lunes con el imputado, pues el hecho de que esos testigos no hayan podido afirmar que el lunes 2 de julio de 2012 el acusado acudió al partido organizado para ese día, frente al dato objetivo vinculado al hallazgo de su teléfono celular, solo contribuyó a reforzar el razonamiento probatorio de los magistrados.

Por otro lado, también carece de sustento el agravio basado en los resultados negativos que arrojaron las ruedas de reconocimiento practicadas durante la etapa de investigación y en las características que brindaron los testigos sobre la persona que efectuó los disparos, pues el tribunal oral explicó las razones por las cuales ello no incidía en la reconstrucción histórica del suceso –principalmente, la velocidad con la que transcurrieron los acontecimientos y el nerviosismo experimentado por quienes los presenciaron– y, a su vez, la defensa tampoco explica cómo esa circunstancia, frente a la totalidad de los elementos de prueba producidos durante el juicio, alteraría la conclusión a la cual se arribó en la sentencia.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

Asimismo, corresponde rechazar la crítica formulada a la valoración que realizó el tribunal oral de un antecedente condenatorio que registra el imputado, pues, al formular su agravio, el recurrente omite considerar que esa evidencia ocupó un lugar complementario –y no central– en el razonamiento probatorio de los jueces del juicio.

Por último, con relación a aquellas circunstancias que fueron omitidas en la sentencia y que el impugnante menciona en su recurso, el agravio deber ser rechazado en la medida en que no se explica, siquiera mínimamente, cuál sería su relevancia para concluir que el acusado no intervino en los hechos que se tuvieron por probados.

En función de lo expuesto, corresponde confirmar este aspecto de la sentencia recurrida.

–IV–

Por otro lado, la defensa cuestionó la decisión del tribunal oral de calificar jurídicamente la plataforma fáctica como homicidio agravado por haber sido cometido por el autor para procurar la impunidad para sí en concurso real con tentativa de robo agravado por su comisión con un arma de fuego (artículos 80, inciso 7º, sexto supuesto, y 166, inciso 2º, segundo párrafo, del Código Penal), y consideró que los sentenciantes debieron subsumir los episodios en el tipo penal de homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal).

1. Para justificar su decisión, en lo relativo a la aplicación del tipo penal de homicidio (artículo 79 del Código Penal) y la agravante regulada en el artículo 80, inciso 7º, sexto supuesto, del Código Penal, los jueces del juicio argumentaron, en primer lugar, que el acusado actuó con el aspecto subjetivo exigido por el delito de homicidio, pues *“sabía que su accionar indefectiblemente derivaría en la muerte de B.”* y daban cuenta de ello *“la cantidad de disparos efectuados por el imputado a zonas vitales”* y *“la escasa distancia que lo separaba de la víctima”*.



Luego, con relación a la aplicación de la agravante mencionada, los sentenciantes sostuvieron que, luego de *“preten[der] darse a la fuga del interior del domicilio en el cual había interrumpido con intenciones de robo”*, el acusado fue *“sorprendido por Cristian Ezequiel Berardo, quien [...] procuró interceptarlo para evitar que lograra su cometido”* y, luego de que ambos iniciaron un forcejeo, *“en miras a lograr vencer la resistencia opuesta y huir para procurar su impunidad [...] efectuó varios disparos con el arma de fuego que llevaba consigo y provocó las lesiones que, a la postre, le ocasionaron el deceso al joven B.”*, razón por la cual *“no cabendudas que la actitud adoptada [...] tuvo como objetivo apartarse de la escena del hecho y lograr la impunidad del desapoderamiento violento que intentara consumir previamente”*.

Asimismo, para considerar que el episodio subsumido en esa figura se encontraba en relación concursal de carácter real (artículo 55 del Código Penal) con el calificado jurídicamente como tentativa de robo agravado por el empleo de un arma de fuego, los magistrados de la anterior instancia se limitaron a afirmar sintéticamente que correspondía aplicar esa solución porque se trató de *“hechos distintos e independientes entre sí”*.

2. Al desarrollar su agravio, el recurrente, luego de considerar que este aspecto de su impugnación devendría abstracto en tanto esa parte promueve *“como única solución ajustada a derecho la declaración de la libre absolución”* del acusado, afirmó que el episodio debió ser calificado jurídicamente como homicidio en ocasión de robo pues se trató de *“un delito de robo agravado por el uso de arma -en estadio de conato-, cualificado por el resultado de la lesión mortuoria”*.

3. La deficiente fundamentación del agravio, limitada exclusivamente a la afirmación dogmática mencionada anteriormente, conduciría, en principio, a declarar la inadmisibilidad de este aspecto





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

del recurso de casación interpuesto. Sin embargo, pese a ello, corresponde determinar si la decisión del *a quo*, en este punto, fue llevada a cabo mediante una adecuada interpretación y aplicación de la ley penal.

El estudio de ese aspecto de la sentencia deriva, por un lado, del cumplimiento estricto del deber fundamental, impuesto en esta instancia, consistente en someter a una revisión amplia a todo fallo de carácter condenatorio, en tanto, claro está, ello no conduzca a consecuencias más gravosas para el recurrente (cfr. artículos 8, inciso 2º, apartado “h” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14, inciso 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y, además, conforme expliqué en un trabajo de doctrina (Magariños, Mario, “Estado de Derecho, interpretación y aplicación de la ley penal (pública) frente a las pretensiones de ‘un proceso adversarial’”, en *La infracción a la ley penal como conflicto de orden público*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, pp. 54 y ss.), y con posterioridad también en el fallo dictado en el precedente “Ullua” – registro n° 605/2016– (ver el voto del juez Magariños), la función de establecer y determinar la significación jurídica de los comportamientos prohibidos por la ley penal, así como su concepto y alcance, constituye una tarea exclusiva y excluyente de la jurisdicción, en razón de los deberes de independencia e imparcialidad que, sólo en el ejercicio de esa función, se imponen en el marco de un proceso penal.

Conforme se explicará a continuación, se observa que el tribunal oral, al calificar jurídicamente la plataforma fáctica que correctamente se tuvo por acreditada como homicidio agravado por haber sido cometido por el autor para procurar la impunidad para sí en concurso real con tentativa de robo agravado por su comisión con un arma de fuego (artículos 80, inciso 7º, sexto supuesto, y 166, inciso 2º, segundo párrafo, del Código Penal), incurrió en una errónea



interpretación y aplicación de la ley penal y, por esa razón, la calificación jurídica que corresponde aplicar en el caso es la de homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal).

a. En primer lugar, se debe excluir del caso la agravante prevista en el artículo 80, inciso 7º, sexto supuesto, del Código Penal, esto es, aquel homicidio cometido con el fin de “procurar la impunidad para sí”, pues, tal como sostuve en el precedente “Moreira” del Tribunal Oral en lo Criminal nº 23 de esta ciudad (proceso nº 3189 del registro de ese tribunal) –ver el voto del juez Magariños, al que cabe remitirse en honor a la brevedad–, esa figura contradice al principio constitucional de acto o exteriorización (artículo 19, primer párrafo, de la Constitución Nacional), toda vez que aquello que en la norma incrementa la sanción prevista para el homicidio, elevándola a perpetuidad, es la pura finalidad del autor de lograr su impunidad; dicho en otros términos, el incremento punitivo se ha establecido en función de algo que se mantiene en el fuero interno del individuo, ubicado “detrás de su piel”.

Ello determina, en consecuencia, la exclusión del caso de la agravante prevista en el artículo 80, inciso 7º, sexto supuesto, del Código Penal (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, y artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación), y conduciría a la calificación del episodio como homicidio simple (artículo 79 del Código Penal).

b. En segundo término, también resulta desacertada la decisión del tribunal oral de considerar que ese tramo de la plataforma fáctica constituye un hecho independiente de aquel calificado jurídicamente como tentativa de robo agravado por su comisión con un arma de fuego, y que, en consecuencia, media entre ambos una relación de concurso real (artículo 55 del Código Penal).

Ello es así pues, al justificar este aspecto de la sentencia exclusivamente mediante la afirmación dogmática de que se trató de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

“hechos distintos e independientes entre sí”, los sentenciantes omitieron valorar que los extremos facticos que correctamente se tuvieron por acreditados dan cuenta de una única decisión de acción, esto es, la de ingresar a un departamento con un arma de fuego para cometer un robo y, a su vez, inmediatamente luego de tomar una computadora portátil, al momento de egresar y aún en el interior del pasillo del piso correspondiente a ese departamento, disparar contra una persona que advirtió lo que sucedía y forcejeó con el acusado.

Lo anterior, en efecto, en función de la redacción del artículo 164, última parte, del Código Penal, como así también de que el apoderamiento se encontraba aún en ejecución –en tanto en ese momento no se había logrado todavía la efectiva posibilidad de disponer del objeto sustraído– conduce a descartar la consideración de una pluralidad de exteriorizaciones de voluntad típicas independientes, y a establecer que, entre las figuras penales por las cuales resulta condenado el acusado, media un concurso ideal (artículo 54 del Código Penal).

c. Las consideraciones realizadas en el punto anterior determinan, a su vez, que la calificación jurídica que corresponde asignar a la plataforma fáctica correctamente acreditada en la sentencia recurrida sea la de homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal).

Ello es así pues, tal como sostuve en el precedente “Valenzuela” del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23 de esta ciudad (proceso n° 290 del registro de ese tribunal) –ver el voto del juez Magariños, al que cabe remitirse en honor a la brevedad– esa figura abarca al supuesto de concurso ideal entre el robo con armas y el homicidio simple y, por lo tanto, desplaza a los tipos penales de los artículos 79 y 166, inciso 2°, del Código Penal.

Al respecto, expliqué que es posible afirmar que el texto legal del artículo 165 del Código Penal contiene uno de los llamados



“delitos complejos” o un supuesto de “tipificación simultánea”, en tanto, de no hallarse así tipificado, el caso debería resolverse por las reglas generales del concurso ideal. Así, el artículo mencionado resuelve legalmente el concurso ideal entre una acción de robo con armas y una de homicidio simple, asignándole la pena que correspondería de no existir la figura del artículo 165 del Código Penal –esto es, según las reglas del concurso ideal, la pena correspondiente al homicidio simple–, con una elevación del mínimo (por el efecto de clausura) en dos años –prisión de 10 a 25 años en el caso de la figura bajo análisis, en lugar de 8 a 25 años para el homicidio simple–.

Asimismo, sostuve que tal elevación del mínimo de la escala penal resulta una derivación razonable de la múltiple violación normativa que define al concurso ideal, pues el llamado “principio de absorción” que rige las consecuencias del concurso ideal supone que, para estos casos, la pena aplicable es aquella correspondiente al delito más grave –o más severamente penado– pero teniendo en cuenta, al determinar judicialmente la pena particular, que el autor también ha cometido otras violaciones de la ley penal (cfr., por todos, Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1984, p. 243).

En síntesis, concluí en el precedente citado que el tipo del artículo 165 del Código Penal debe aplicarse siempre que el autor intente o consume dolosamente, sea con dolo directo o eventual, un homicidio en el contexto de una acción de apoderamiento, tal como efectivamente sucedió en el caso bajo análisis.

d. En consecuencia, corresponde casar parcialmente la sentencia impugnada y, en consecuencia, excluir la aplicación al caso de la agravante prevista en el artículo 80, inciso 7°, sexto supuesto, del Código Penal (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, y artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación), establecer que





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

entre los hechos que se consideraron probados en la sentencia recurrida media una relación concursal de carácter ideal (artículo 54 del Código Penal) y, en definitiva, calificar jurídicamente la plataforma fáctica como homicidio en ocasión de robo (artículo 165 del Código Penal).

En función de lo expuesto, corresponde apartar al tribunal oral interviniente y remitir a sorteo las actuaciones a fin de que otro tribunal establezca el monto de pena de prisión a imponer al señor Dutra, conforme la escala legal aplicable al caso (artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

Lo resuelto, a su vez, torna inoficioso el análisis del agravio de la defensa vinculado con la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua.

–V–

1. La defensa también se agravió por la decisión del tribunal oral de declarar reincidente al acusado (artículo 50 del Código Penal), y consideró que el instituto de la reincidencia es contrario a diferentes principios fundamentales.

2. En razón de las consideraciones formuladas en el precedente “Obredor” –registro n° 312/2015– (ver el voto del juez Magariños, a cuyo desarrollo cabe remitirse en honor a la brevedad), 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 ello, corresponde casar este aspecto de la decisión recurrida, 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 del imputado (artículos 470 y 475 del Código Procesal Penal de la Nación).



Asimismo, el impugnante se agravó por la decisión del tribunal oral de aplicar al acusado las consecuencias previstas en el artículo 12 del Código Penal.

1. Al desarrollar su crítica, la defensa se limitó a afirmar que la pena de inhabilitación absoluta regulada en la norma mencionada debe ser declarada inconstitucional pues, al disponer que “[l]a reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces”, resulta contraria a los principios de resocialización, razonabilidad y del interés superior del niño.

2. El agravio de la defensa carece de un requisito fundamental de admisibilidad y, por esa razón, debe ser declarado inadmisibile.

Ello es así pues, en tanto el planteo no fue formulado por la defensa en su alegato, frente a la pretensión expresada por el representante del Ministerio Público Fiscal de imponer al acusado las consecuencias previstas en el artículo 12 del Código Penal, sino que fue introducido por primera vez en este proceso recién en el recurso de casación contra la sentencia del tribunal oral que resolvió aplicarlas, el impugnante omite así hacerse cargo de la ausencia de la articulación de la cuestión federal frente a los jueces que resolvieron el caso (conf. artículos 5, 121 y 122 de la Constitución Nacional, y artículo 14 de la ley 48), lo cual se tradujo, además, en la falta de una resolución contraria al derecho federal invocado (conf. artículo 14, inciso 3º, de la ley 48).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

Por esas razones, este aspecto del recurso interpuesto debe ser declarado inadmisibile (artículo 444, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación).

-VII-

En definitiva, corresponde: I) declarar inadmisibile el agravio con base en el cual se solicitó la nulidad de los resultados obtenidos mediante las intervenciones telefónicas practicadas en este proceso, así como también el planteo de inconstitucionalidad de la pena de inhabilitación absoluta regulada en el artículo 12 del Código Penal (artículo 444, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación, y artículos 14 y 15 de la ley 48); II) hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto, casar parcialmente la sentencia impugnada, excluir la aplicación al caso de la agravante prevista en el artículo 80, inciso 7º, sexto supuesto, del Código Penal, y calificar jurídicamente la plataforma fáctica considerada probada como homicidio en ocasión de robo (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación y 165 del Código Penal); III) casar parcialmente la decisión recurrida, 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 del imputado (artículos 470 y 475 del Código Procesal Penal de la Nación); IV) rechazar los restantes agravios (artículos 470 y 471, ambos *a contrario sensu*, del Código Procesal Penal de la Nación); y V) apartar al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n.º 19 de esta ciudad y remitir a sorteo las actuaciones a fin de que otro tribunal establezca el monto de pena de prisión a imponer al señor Dutra, conforme la escala legal aplicable al caso; sin costas (artículos 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Alberto Huarte Petite dijo:



I. Por los fundamentos que expuso en el capítulo **II** de su voto, los que hago propios en beneficio a la brevedad, coincido con la solución propuesta por el Sr. Juez Magariños en orden a la inadmisibilidad del agravio relativo a la pretendida exclusión de la prueba derivada de las intervenciones telefónicas practicadas en autos.

Por su parte, los agravios presentados por el recurrente vinculados con la motivación de la sentencia en orden a la valoración de la prueba respecto de los hechos por los que se condenó a M. N. Dutra, fueron analizados por el suscripto conforme el 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 honra la brevedad- respecto de la doctrina adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “**Casal**” (Fallos: 328:3329), 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.

Sobre esa base, hago propio lo dicho en el capítulo **III** del voto del doctor Magariños, pues comparto en lo sustancial sus consideraciones y me remito a ellas *brevitatis causase*.

II. Sin embargo, he de disentir en parte con el voto que lidera este Acuerdo en cuanto a la calificación jurídica que corresponde otorgar a los hechos probados en la sentencia, subsumidos por el *a quo* en la figura de homicidio agravado por haber sido cometido para procurar la impunidad para sí, en concurso real con el delito de tentativa de robo agravado por el uso de un arma de fuego (arts. 42, 55, 80, inciso 7º, y 166, inciso segundo, párrafo segundo, CP).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

a. En primer lugar, cabe señalar que la parte recurrente no articuló agravio alguno en cuanto a la constitucionalidad del artículo 80, inciso 7º, CP.

Resultaría entonces aplicable al caso, *mutatis mutandi*, el criterio sustentado por el suscripto, entre otros, en los precedentes “**Soto y Gauna**” (Reg. n° 1002/17, Sala III, del 13.10.17, voto del juez Huarte Petite), “**Parra y Morel**” (Reg. n° 1025/17, Sala III, del 19.10.17, voto del juez Huarte Petite), “**Juárez**” (Reg. n° 1606/18, Sala III, del 6.12.18, voto del juez Huarte Petite), “**Bambil Garcia**” (Reg. n° 462/18, Sala III, del 24.4.19, voto del juez Huarte Petite) y recientemente en “**Roa**” (Reg. n° 1868/19, Sala III, del 10.12.19, voto del juez Huarte Petite), cuyos fundamentos cabe tener aquí por reproducidos, en cuanto a la inadmisibilidad de agravios presentados de forma novedosa en el término de oficina.

De modo que en la presente causa, en la que tal cuestión constitucional ni siquiera fue esbozada mínimamente en algún momento del proceso por la recurrente, ni tratada por el tribunal de grado, no correspondería adentrarse en el análisis de la adecuación constitucional de la norma aludida.

Sin perjuicio de ello, toda vez que en la deliberación respectiva el Sr. Juez Magariños se pronunció, en razón de los fundamentos que expuso al respecto en el capítulo IV de su voto, por abordar la constitucionalidad del delito en cuestión pese a no haber sido introducida la cuestión oportunamente, he de señalar que no comparto las consideraciones realizadas al respecto por el Sr. Juez Magariños.

Es claro, a mi modo de ver, que la conducta del homicidio cometido en las circunstancias del artículo 80, inc. 7º, CP en lo que aquí interesa, esto es, el realizado “*para procurar la impunidad para sí*”, no puede ser considerado, con arreglo al denominado principio de reserva (art. 19, primer párrafo, CN), como una acción privada que de



ningún modo ofenda al orden o a la moral pública, ni perjudique a un tercero, y por lo tanto exenta de la autoridad de los magistrados.

Ello, con los alcances que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha asignado a la mentada norma constitucional, entre otros, en el precedente “**Arriola**” (Fallos: 332:1963), y los demás allí citados, a cuyos términos cabe remitirse en beneficio a la brevedad.

Tampoco advierto razón alguna para considerar que la manera en que está construida la acción típica pudiese significar una afectación al principio constitucional de culpabilidad, estrechamente ligado al de reserva ya mencionado.

Al respecto, viene a cuento reproducir lo señalado por la Sra. Jueza Argibay, en su voto en el precedente “**Maciel**” (sentencia del 5 de febrero de 2013), en orden a que: “...conforme la jurisprudencia de esta Corte Suprema, el principio de culpabilidad exige que para sancionar a una persona por un hecho determinado, éste tiene que poder serle imputado tanto objetiva como subjetivamente (Fallos: 271:297; 316:1190; 321:2558, entre otros), extremo que ha sido explicado como la posibilidad real que tienen las personas de ajustar su conducta a los mandatos de la ley (Fallos: 312:149, entre otros). Esta exigencia forma parte del principio esencial propio de un Estado de Derecho según el cual solo puede constituir objeto de reproche penal un comportamiento individual orientado a quebrantar una norma de tal carácter (Fallos: 329:3680, considerando 12 del voto de la mayoría, 11 del voto del juez Petracchi y 5° del voto de la jueza Argibay)

Ahora bien, dicho principio no puede llevarse al extremo de una inviable simplificación que despoje la conducta de una serie de circunstancias que están estrechamente ligadas a ella y pueden eventualmente fundar un mayor grado de injusto o de culpabilidad, según el caso.

Ejemplo de esto último son algunos tipos calificados que





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

agravan el homicidio por cierta disposición del ánimo al momento de cometer el hecho, o por determinada condición personal que el autor detenta, tales como matar por placer, codicia u odio racial o religioso (artículo 80, inciso 4° del Código Penal) o ser ascendiente, descendiente o cónyuge de la víctima (inciso 1° de la mentada norma). La condición de parentesco, a su vez, es relevada típicamente como agravante en delitos contra la integridad sexual la libertad, entre otros, en los que se incluye además a quien fuere hermano/a de la persona afectada (así, por ejemplo, artículos 125, 125 bís y 142, inciso 2° del Código Penal).

Si el planteo del recurrente se aplicase hasta sus últimas consecuencias, las conductas adecuadas a los tipos legales antes mencionados deberían reprocharse todas bajo la figura del homicidio simple (artículo 79 del Código Penal), pues no sería válido dotar de significado jurídico-penal a circunstancias que no constituyan estrictamente el comportamiento en sí. Sin embargo, está fuera de discusión que tales extremos han sido razonablemente previstos por el legislador como aspectos del hecho criminal que tornan más grave la conducta de matar a otro...” (Considerando 5º, el destacado me pertenece).

En línea con lo dicho por esta última Magistrada, considero que respecto al tipo penal en cuestión, que como ya se dijo describe el homicidio que se comete “para procurar la impunidad”, la doctrina posiblemente mayoritaria ha efectuado una razonable elaboración dogmática del aludido tipo penal que le permite resistir adecuadamente el control de constitucionalidad que se efectúe sobre él con sustento en los principios constitucionales en juego.

Ello así, más allá de que se concluya en la caracterización del fin de “procurar la impunidad como integrante del tipo subjetivo, por ser un especial elemento de éste, o en su caso, de la autoría (así, por todos, Righi, Esteban, “Derecho Penal, Parte General”, pág. 289,



Abeledo Perrot, Segunda Edición Actualizada, Buenos Aires, 2016-), o como un elemento que pertenece a la culpabilidad y que aumenta el grado de esta última (por todos, Roxin, Claus, “*Derecho Penal, Parte General*”, Tomo I, pág. 313, nro. 74, Civitas, Madrid, 1997).

En ese orden de ideas, en el precedente “**Lugones**” de este colegio (Reg. nº 1594/18, Sala III, rta. 3.12.18, voto del juez Huarte Petite) tuve oportunidad de señalar que al homicidio denominado habitualmente como *criminis causae*, se lo ha denominado como un *homicidio finalmente conexo*, en el que el fundamento de la agravante reside en la subestimación de la vida y la comisión del homicidio para otro fin.

Dicha conexión está provista de un elemento subjetivo del tipo distinto del dolo, una ultrafinalidad, pues el autor tiene en vista una acción que no necesariamente debe concretar (D’Alessio, Andrés José y Divito, Mauro A. *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*. Ed. La Ley, 2º edición, 2011, tomo II, págs. 25 y ss.)

Como respaldo argumentativo en la doctrina en torno a cómo se explica esta conexión, se puede afirmar la figura del homicidio agravado a través de la siguiente ecuación: un delito ha sido el medio (homicidio) y otro delito el fin (en nuestro caso el robo), ambos conectados entre sí subjetivamente (“para”); y en lo atinente al elemento subjetivo del tipo, con dolo directo del autor, único aceptable en esta figura agravada (Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal, Parte Especial*, , Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, tomo I, pág. 111).

Señala Sebastián Soler, que el carácter específico de la mencionada conexión entre el homicidio y el otro hecho reside en su aspecto subjetivo, y aclara que “...mientras toda la primera parte se refiere al homicidio cometido para, la parte final se refiere a un homicidio cometido por. Esto impone distinguir una conexión final y una causal. Esta conexión es necesaria, en el sentido más estricto de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

*la palabra, y lo que da el carácter específico es precisamente el aspecto subjetivo de esa conexión, porque ésta es una figura inaplicable si en la conciencia del autor, en el momento del hecho, no estuvo presente positivamente el específico motivo de preparar, facilitar u ocultar otro delito o procurar la impunidad mediante el homicidio, o el despecho motivado por el fracaso de un intento criminal...” (Soler, Sebastián, *Derecho penal argentino*, Ed. Tea, Buenos Aires, 1992, tomo III, pág. 43 y ss.).*

Carlos Creus se refiere en similares líneas a esa conexión ideológica que debe darse entre el homicidio y el otro delito, pudiendo ser tanto causal como final. Destaca lo imprescindible del dolo directo sumado a esa conexión subjetiva que se tiene que dar en el agente, no bastando la concomitancia ni el concurso entre ambos delitos (Creus, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1992, tomo I, pág. 39 y ss.)

Así también, Ricardo Núñez precisa que el homicidio *criminis causae* encuentra su agravamiento en una conexión ideológica que puede ser tanto final como impulsiva (causal), y la esencia de tal subjetividad reside en la preordenación de la muerte a la finalidad delictiva o posdelictiva, no bastando la concomitancia del homicidio con el otro delito o la precedencia o posterioridad de éste. Agrega que no es necesaria una preordenación anticipada, deliberada y resuelta de antemano, bastando con que el fin delictivo funcione como motivo determinante del homicidio. Requiere de una *decisión* que puede incluso producirse, como en el caso, súbitamente durante la ejecución del hecho (Núñez, Ricardo C., *Derecho Penal Argentino, Parte Especial*, Ed. Bibliográfica Argentina, 1961, tomo III, págs. 51 y ss).

Como se aprecia de la reseña efectuada, la descripción abstracta de acción contenida en el tipo aludido cuenta, tal como se lo anticipó, con una razonable fundamentación de política criminal que lleva a considerarla como merecedora de una pena más severa, con



sustento en el mayor grado de injusto y culpabilidad que evidencia un comportamiento de tales características.

Ello posibilita concluir en que si bien la finalidad del autor al emprender la acción homicida deba constatarse a través del escrutinio de su fuero íntimo (y al igual que todos los aspectos subjetivos de cada acción típica, de acuerdo con las reglas del debido proceso y los principios que gobiernan la valoración probatoria en materia penal), aplicar a la acción del autor la pena correspondiente no vulnera principio constitucional alguno.

Por cierto que se trata de indagar acerca de la finalidad del autor al cometer el homicidio, pero la descripción contenida en el tipo respectivo no implica el ingreso a una esfera de su privacidad vedada por el artículo 19 de la Constitución Nacional, ni a la incriminación de puros pensamientos o deseos, formas de ser o características de su personalidad.

Ello así desde que, para la subsunción en el tipo respectivo, debe verificarse una exteriorización de una acción evidentemente perjudicial para terceros, como la de matar a otro (y en consecuencia, no privada), pero acompañada de una finalidad particular, cuya razonable valoración por el legislador (con arreglo a los motivos que la doctrina reseñada se ocupó de precisar), posibilita sancionarla con una pena más severa que la establecida para el homicidio cometido sin dicha finalidad.

Pena que será aplicada, valga reiterarlo, sólo en la medida en que dicha especial finalidad fuese acreditada en el marco del debido proceso.

b. Así las cosas, advierto que en línea con lo aquí sostenido, el *a quo* tuvo en cuenta, en una correcta ponderación de la prueba incorporada al juicio, que: “...[cuando] *Dutra pretendía darse a la fuga del interior del domicilio en el cual había irrumpido con intenciones de robo junto a otro ignoto sujeto, fue sorprendido por*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

D. E. B., quien -al advertir lo que acababa de ocurrir- procuró interceptarlo para evitar que lograra su cometido. En ese contexto, ambos iniciaron un forcejeo y, en miras a lograr vencer la resistencia opuesta y huir para procurar su impunidad, Dutra efectuó varios disparos con el arma de fuego que llevaba consigo y provocó las lesiones que, a la postre, le ocasionaron el deceso del joven B..-

Así las cosas, no caben dudas que la actitud adoptada por el traído a juicio tuvo como objetivo apartarse de la escena del hecho y lograr la impunidad del desapoderamiento violento que intentara consumir previamente, con lo cual queda demostrada la conexión requerida por la aludida figura delictiva...”

Seguidamente concluyó que “...en este caso, se configuró la primera de las variantes de mención (homicidio finalmente conexo) y, en particular, el supuesto que se vincula a procurar la impunidad para el propio autor. Ello así a poco que se repare en que la muerte de B. fue consecuencia de la acción directa y dolosa de Dutra, quien le efectuó varios disparos a corta distancia y a zonas vitales del cuerpo (cfr. surge del ya citado informe del médico legista de fs. 682 y la autopsia de fs. 785/793) con la clara intención de procurar su impunidad en el intento de robo que se llevó a cabo en el departamento “D” del segundo piso del edificio sito en Catamarca 1155 de esta Ciudad. -...”

En base a la precedente transcripción y demás consideraciones ya efectuadas, es claro que la presencia del elemento subjetivo requerido en la figura legal escogida fue suficientemente motivada por el *a quo*, el hecho que se tuvo por probado resultó correctamente subsumido en una de las situaciones agravantes contenidas en el inciso 7° del artículo 80 del Código Penal, cuya constitucionalidad no puede ponerse en duda y, por ende, este tramo del recurso deberechazarse.



c.Sin perjuicio de ello, coincido con el Sr. Juez Magariños en que el fallo impugnado posee un déficit de fundamentación en cuanto a la relación concursal existente entre el delito antes mencionado (art. 80, inciso 7º, CP) y el de tentativa de robo agravado por su comisión con un arma de fuego (arts. 42 y 166, inciso 2, segundo párrafo, CP).

En efecto, los sentenciantes sólo afirmaron que los sucesos a los cuales se asignó dicha subsunción típica fueron “*hechos distintos e independientes entre sí*”. Sin embargo, omitieron valorar que los extremos facticos que correctamente se tuvieron por acreditados dan cuenta de un solo comportamiento y una única decisión de acción, esto es, la de ingresar a un departamento con un arma de fuego para cometer un robo y que, a su vez, inmediatamente luego de tomar una computadora portátil, al momento de pretender egresar y aún en el interior del pasillo del piso correspondiente a ese departamento, disparar contra una persona que advirtió lo que sucedía y forcejeó con el acusado con el objeto de impedir su fuga y consecuente impunidad, con el luctuoso desenlace ya precisado.

Como se observa, en las circunstancias de hecho descriptas el imputado no había podido consolidar un poder autónomo de disposición respecto de aquel objeto del que se había hecho en el departamento de las víctimas, con lo cual el apoderamiento aún se encontraba en curso de ejecución.

Es claro entonces, conforme a la descripción típica propia del robo, que requiere que la violencia física en las personas desplegada por su autor tenga lugar, en lo que aquí interesa, para “*procurar su impunidad*”, que en el marco de un único comportamiento y una misma decisión de llevarlo a cabo el autor infringió, tanto la norma que prohíbe el apoderamiento ilegítimo en los términos precisados, como aquella que prohíbe matar a una persona para procurar la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

impunidad respecto de otro delito, justamente, el de robo con arma de fuego que estaba llevando a cabo en ese momento.

No puede concluirse así, como sostuviese el tribunal de grado, que se tratase, sin más, de hechos distintos e independientes entre sí, por lo cual corresponde aplicar al caso las reglas del concurso ideal de delitos (art. 54, CP).

III. En virtud de lo anterior, y dado que el cambio en la relación concursal que aquí se propone no modifica la sanción impuesta a M. N. Dutra por el carácter indivisible de la pena mayor prevista para uno de los delitos que concurren idealmente en el caso, corresponde analizar el planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua articulado por la defensa.

Considero que esta cuestión debe ser declarada inadmisibles porque el planteo (pese a la calificación sostenida por la acusación en su alegato final y el pedido de pena consecuente), no fue oportunamente articulado por la recurrente ante el Tribunal de grado, y fue introducido sólo en el recurso respectivo.

En este sentido, he de decir que es de aplicación al caso lo resuelto en el fallo “**Scazzia**” de este colegio (Reg. n° 657/18, Sala III, rta. 12.6.18, voto del juez Huarte Petite) –criterio que reiteraré en los precedentes “**Fernández y Rodríguez**” (Reg. n° 855/18, Sala III, rta. 12.7.18, voto del juez Huarte Petite) y “**Castro**” (Reg. n° 1650/19, Sala III, rta. 12.11.19, voto del juez Huarte Petite)- en el que adherí a la opinión de mis colegas según la cual un planteo de inconstitucionalidad de una norma debe ser formulada oportunamente y no resultar fruto de una tardía reflexión (Fallos 271:272; 295:753; 302:468; 307:629; entre muchos otros).

De igual manera y por idénticas razones, corresponde también declarar inadmisibles el planteo de inconstitucionalidad del art. 12 del



Código Penal, a la cual debe añadirse lo expuesto en el mismo sentido por el Sr. Juez Magariños en el capítulo VV de su voto.

a. No obstante ello, *obiter dictum*, corresponde señalar que en relación a la constitucionalidad de la prisión perpetua, en el ya citado precedente “**Lugones**”, sostuve que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de una norma no sólo debe demostrar claramente de qué manera ésta contraría la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, sino que además debe probar que ello ocurre en el caso concreto (Fallos 310:211 y 324:754; entre varios otros), y para ello “*es menester que precise y acredite fehacientemente en el expediente el perjuicio que le origina la aplicación de la disposición*” (Fallos 316:687).

Es que “*la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional, pues las leyes dictadas de acuerdo a los mecanismos previstos en la Carta Fundamental gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente, y obliga a ejercer dicha atribución con sobriedad y prudencia, únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable*” (Fallos: 314:424; 319:178; 266:688; 248:73; 300:241) y de “*incompatibilidad inconciliable*”(Fallos: 322:842 y 322: 919). Razones que conllevan a considerarla como *última ratio* del orden jurídico (Fallos 312:122; 312:1437; 314:407; y 316:2624), es decir, procedente “*cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución*” (Fallos: 316:2624).

En igual inteligencia se ha dicho 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*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

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 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).

Sin perder de vista las consideraciones precedentes, ha de señalarse que es el texto constitucional el que delega al Poder Legislativo la potestad de determinar los intereses que se procurará proteger mediante la coerción de la sanción penal, y en qué medida debe expresarse esa protección a través del establecimiento de los marcos penales respectivos.

Es por ello que el juicio de constitucionalidad de las leyes que emiten los tribunales no puede incluir en ningún caso el examen de la conveniencia, oportunidad, mérito, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador.

La defensa de Dutra planteó una cuestión que, lejos de asemejarse a una disputa en términos de principios de raigambre constitucional en juego, se vincula más con los motivos que llevaron al legislador a conminar con una determinada pena ciertas acciones que consideró de máxima gravedad.

De esta forma, bajo el amparo del principio de proporcionalidad en lo que hace al monto punitivo previsto para casos como el de autos, la recurrente introdujo la idea de una afectación a la



división de poderes por cuanto al establecerlo en un monto fijo, el legislador habría “usurpado”, a su criterio, una facultad conferida al juez (art. 116 de la Constitución Nacional), al no permitirle graduar la sanción penal con arreglo a los arts. 40 y 41 del Código sustantivo..

Al respecto, resulta de pertinente aplicación la respuesta que brindó el Juez García, de esta Cámara, ante un planteo análogo, la cual sella definitivamente la suerte de la queja en este segmento: “... *Esta pretensión ... encierra cierta tautología... En rigor, omite que la disposición de la Constitución que cita declara que '[c]orresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre los puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación [...]', donde la función jurisdiccional encuentra su fundamento y límite en la Constitución y la ley. Afirmando que es una tautología porque la recurrente pretende que el Congreso no podría sancionar leyes con penas fijas, porque infiere de las palabras del art. 116 CN que la medición de la pena es inherente a la función jurisdiccional de conocer y decidir casos, pero la decisión de los casos no está sujeta a la prudencia y libre discreción de los jueces, sino que el ejercicio de su poder jurisdiccional debe ser conforme a la ley, ley que en la especie conmina una pena fija de prisión perpetua...debería demostrar por qué el legislador no podría limitar a los jueces en la elección de la pena...*” (registro n° 313/18, “**Arancibia**”, del 28.3.18, Sala I, voto al que adhirió el Juez Bruzzone).

Siguiendo la línea de razonamiento propuesta en el voto reseñado en forma precedente, cabe acotar que en el *sub lite*, la defensa no ha demostrado por qué el legislador no podría limitar a los jueces en la elección de la pena en los casos en los cuales, por la índole y gravedad de la conducta incriminada, como en el presente, se estableció la máxima penalidad prevista en el ordenamiento jurídico nacional. Sólo ha fundado sus críticas sobre el punto, como ya se anticipó, en la eventual desproporcionalidad de la sanción fijada para





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

el caso con la consecuente afectación al principio de culpabilidad, y en su alegado carácter de inhumana, cruel o degradante, cuestión que será abordada en los párrafos siguientes.

Me basé para ello en determinadas consideraciones, que haré propias, efectuadas en precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; en dictámenes de la Procuración General de la Nación (sobre cuya base puede vislumbrarse, a tenor de la decisión que mereció el asunto para la Corte, el criterio al respecto de este último tribunal); y en el citado precedente “**Arancibia**” de este colegio, voto del Juez García al que, como se dijo, adhirió el Juez Bruzzone.

En el referido precedente “**Lugones**”, memoré además que tal como se sostuvo por el entonces Sr. Procurador General de la Nación, Dr. Esteban Righi, y por el Sr. Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Eduardo Ezequiel Casal, en sus dictámenes emitidos en las causas “**Chueke, Daniel Isaac y otros s. homicidio agravado por el vínculo –causa N° 1029**”, S.C. C.2641; L. XXXIX, y “**Bachetti, Sebastián Alejandro y otra s. homicidio calificado**”, S.C. B.327; L.XLVII, de fechas 27 de marzo de 2007 y 22 de marzo de 2012, respectivamente, no cabe dar la razón a la defensa en cuanto a la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua con base en su presunta oposición a los artículos 5.2. y 5.6. de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, y 7, 10.1 y 10.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En efecto, han de darse por reproducidos, en beneficio a la brevedad, los precedentes mencionados en los aludidos dictámenes, emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, en el ámbito del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Comité contra la Tortura, todos los cuales incluyeron dentro del concepto general de “*tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes*” a una serie de comportamientos hacia personas privadas



de su libertad pero que, en ningún caso, incluyó un supuesto de pena perpetua.

De ello puede inferirse razonablemente que la prisión perpetua, *per se*, no se encuentra comprendida en aquella categoría de especie de pena prohibida, desde que, adicionalmente a la interpretación que se ha dado de las normas aludidas (que, reitero, no incluyó a la pena aquí tratada), tanto la Convención Americana como el aludido Pacto Internacional admiten, aun cuando muy limitadamente, la pena de muerte, sanción que es mucho más grave que la prisión perpetua, por razones que entiendo resultan evidentes (arts. 4, CADH, y 6, PIDCYP).

Por otro lado, en la Convención sobre los Derechos del Niño, que al igual que las normas internacionales de mención también prohíbe la pena de muerte para los menores de dieciocho años, así como las penas crueles, inhumanas o degradantes a su respecto (art. 37, inc. a), en la misma disposición admite la imposición de prisión perpetua a los niños cuando ella no careciese de “*posibilidad de excarcelación*”.

Ello permite razonablemente sostener que, si allí se ha efectuado tal salvedad, resulta difícil concluir que, tal como lo propone la recurrente, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aquella pena se encuentre vedada para los mayores.

En tal sentido, es oportuno recordar que en el precedente “**Maldonado**”, sentencia del 7 de diciembre de 2005 (Fallos: 328:4343), donde la defensa había planteado, con sustento en dicha Convención y porque a su criterio también importaba una pena cruel, inhumana o degradante, la inconstitucionalidad de la prisión perpetua impuesta a un menor, la Corte sólo revocó lo resuelto por considerar, en el marco de la legislación nacional de menores y los tratados de derechos humanos, que carecía de suficiente fundamentación la





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

necesidad de aplicación de la pena (conf. considerandos n° 21 a 23 del voto conjunto).

En lo que aquí interesa, al referirse en esa ocasión a la figura del homicidio agravado cometido por mayores, sostuvo que “...*la sola subsunción de la imputación en el tipo penal basta para dejar sentada la gravedad del hecho sin necesidad de mayores argumentaciones, pues la pena prevista es absoluta y por lo tanto, no exige, de hecho, ningún esfuerzo argumental adicional para la determinación de la pena: prisión perpetua...*” (considerando n° 13, *ibídem*). Agregó entonces que las penas absolutas, tal como la prisión perpetua, no admiten agravantes o atenuantes pues el legislador ha declarado, de iure, “... *que todo descargo resulta irrelevante: son hechos tan graves que no admiten atenuación alguna...*”, y concluyó que “...*en los casos de plena culpabilidad por el hecho, este recurso legislativo resulta, en principio, admisible...*” (ver considerando n° 14, *ibídem*).

Más expresamente, en su voto concurrente la doctora Argibay afirmó que “...*el régimen establecido en la ley 22.278 no es inconstitucional por el hecho de admitir la posibilidad de que una persona sea condenada a prisión perpetua por un homicidio calificado cometido cuando tenía dieciséis años y ello tampoco resulta, por sí solo, contrario a la Convención sobre los Derechos del Niño...*” (considerando n° 18).

Todo ello permite afirmar entonces que, desde el ámbito de los instrumentos de derechos humanos comprendidos por la Constitución Nacional, y de la interpretación que de ellos han efectuado tribunales internacionales y la Corte a partir de Fallos: 318:514, sumado a las consideraciones que acaban de precisarse del fallo “**Maldonado**”, no es posible concluir en la inconstitucionalidad de la prisión perpetua prevista en el art. 80, inc. 7°, CP, ni en que ella pueda significar la afectación del derecho a la integridad personal en los términos de las



normas de derecho internacional antes citadas, ni de los principios de culpabilidad y proporcionalidad de las penas, en los que se ha fundado también el aspecto del agravio aquí tratado.

Igualmente, y aun cuando se refiere a un tratado regional del que la República Argentina no es parte, desde puntos de vista argumentales también resulta útil dar por reproducida aquí, en beneficio a la brevedad, la revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 3 de la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre (que prohíbe la tortura, así como los tratos y penas crueles o inhumanas), que efectuó el Juez García en el acápite 3.5. de su voto en el citado precedente “**Arancibia**”.

De los precedentes de mención tampoco se desprende que el citado tribunal internacional hubiese considerado contrarias a la referida Convención disposiciones de los países miembros que hubiesen establecido penas privativas de libertad de carácter perpetuo.

De todos modos, ello fue así considerado en todos los casos en la medida en que, en general, en el ordenamiento interno de cada país existiesen normas que posibilitasen concluir en que tal pena de prisión perpetua no fuese, “*de jure y de facto irreductible*”, por cuanto allí se fijó la doctrina de que lo que prohíbe el citado artículo 3 de la Convención europea es que la pena a perpetuidad sea, justamente, “*irreductible*”.

En tal sentido, precisó el Juez García que en el caso “Bodein v. Francia” el Tribunal declaró que “...*para determinar si una pena perpetua puede ser tenida por irreductible, hay que indagar si puede decirse que el detenido condenado a perpetuidad tiene chances de ser liberado. Allí donde el derecho nacional ofrece la posibilidad de revisar la pena perpetua con el fin de conmutarla, suspenderla, de ponerle fin o incluso de liberar al detenido bajo condiciones, están satisfechas las exigencias del art. 3...*” (párr. 54).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

Todo ello, entonces, me llevó a concluir en el precedente aludido al comienzo del presente acápite en la constitucionalidad de la pena de prisión perpetua, posición que, con la salvedad también ya efectuada al inicio, cabe reiterar en el caso de autos.

b. Por su parte, en lo atinente a la inconstitucionalidad del art. 12, CP, también a modo de *obiter dictum*, cabe señalar que la recurrente no se ha hecho cargo de refutar, ni siquiera mínimamente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre el punto sentada a partir de Fallos: 340:669 (“**González Castillo, Cristian M. y otro**”).

En el citado precedente, la Corte ha considerado infundada la opinión que califica a las consecuencias legales del art. 12 CP como trato inhumano o contrario a la dignidad del hombre (consid. 6), evocando su conocido criterio fundamental según el cual la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia, y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la *última ratio* del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduzca a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional invocados (*ibídem*).

En esa inteligencia, destacó que, puesto que la impugnación ponía en cuestión los criterios de política criminal y penitenciaria establecidos por el legislador se requería de una justificación convincente con relación a su incompatibilidad con la Constitución Nacional (consid. 7).

La Corte también abordó las disposiciones pertinentes de la ley 24.660, de “*Ejecución de la pena privativa de la libertad*”, que tuvo como uno de sus objetivos primordiales adecuar la legislación penitenciaria a los nuevos estándares en materia de derechos de los penados, y relevó que “...a partir de dicha ley, no solo no surge



objeción alguna con relación al artículo 12 del Código Penal, sino que en ella explícitamente se reglamentó cómo debía proveerse a la representación del condenado en los términos de dicha regla (conf. loc. cit. artículo 170), subrayando que con el claro objetivo de evitar que la consecuencia examinada pudiera obstaculizar de algún modo el reingreso a la vida social del penado, la ley referida ordena que las inhabilitaciones del artículo 12 del Código Penal queden ‘suspendidas cuando el condenado se reintegrare a la vida libre mediante la libertad condicional o la libertad asistida’ (art. 220)...”.

Y finalmente, confrontó las consecuencias del art. 12 CP con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ahora en vigencia cuyo texto, conforme lo entendió, revelaba la subsistencia de la decisión legislativa en favor de asignar efectos a la regla del artículo 12 del Código Penal, según lo reglamenta el artículo 702 inc. b, del primero, en punto a la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, y los arts. 31 y siguientes en punto a la capacidad para la administración de los bienes, con un carácter “*estrictamente excepcional*” (consid. 8).

En síntesis, con remisión a los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación (Punto I, “*Aspectos valorativos: Constitucionalización del derecho privado*”), la Corte advirtió que “*...no puede perderse de vista que la reforma legislativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación tiene entre sus finalidades primordiales propender a la adecuación de las disposiciones del derecho privado a los principios constitucionales y, en particular, a los tratados de derechos humanos y derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad, lo cual necesariamente incluye tanto las disposiciones en materia de restricciones a la capacidad como la mejor protección del interés superior del niño...*” (confr. consid. 9).

Entonces, dado que el recurrente no refutó la doctrina de la Corte mediante fundamentos concretos y razonados, y se limitó a





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

alegar la vulneración de los principios de resocialización, razonabilidad y del interés superior del niño, planteos que encuentran una adecuada respuesta en lo transcrito, corresponde adoptar, como ya se adelantó, igual solución a la auspiciada en el voto que lidera este Acuerdo.

III. Finalmente, las condiciones de admisibilidad del agravio relativo a la constitucionalidad del artículo 50, CP, presentan similares defectos a aquellos de los que adolecen los tratados en forma precedente.

Empero, a modo de *obiter dictum* corresponde señalar que, entre muchos otros, en los precedentes “**Gauna**” (Reg. n° 1002/17, Sala III, rta. 13.10.17, voto del juez Huarte Petite), “**Morales Jofre**” (Reg. n° 1122/17, Sala III, rta. 31.10.17, voto del juez Huarte Petite) y “**Barraza**” (Reg. n° 1288/17, Sala III, rta. 11.12.17, voto del juez Huarte Petite) 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...”*”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

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 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 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, M. Ariel**”, 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).

Y 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).

En el caso de autos, a fin de fundar la declaración de reincidencia efectuada, el tribunal de grado señaló: “...habiendo Dutra cumplido pena como condenado en la causa nro. 1837 del registro del Tribunal en lo Criminal n° 4 del Departamento Judicial de San Martín -ver copias certificadas de la sentencia, cómputo de pena y auto de libertad asistida que lucen a fs. 2284/2296 del principal y testimonios del Registro Nacional de Reincidencia obrantes a fs. 16/17 del legajo de personalidad-, corresponderá declararlo reincidente (art. 50 del Código Penal) (art. 50 del Código Penal)...”





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

De las piezas mencionadas por los sentenciantes se desprende a su vez que el tribunal mencionado en el párrafo anterior condenó a Dutra el 21 de diciembre de 2007 a la pena de seis años y ocho meses de prisión como autor penalmente responsable del delito de robo agravado por su comisión con arma de fuego, y a la pena única de siete años y seis meses de prisión dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 29 de esta Capital Federal, comprensiva de la anterior y de la sanción única de tres años de prisión en suspenso impuesta por este último, que, a su vez, incluía la pena de un año y seis meses de prisión en suspenso impuesta por el Juzgado Contravencional de Faltas n° 10 de esta ciudad, cuya condicionalidad se revocó.

El 18 de febrero del año siguiente adquirió firmeza dicha sentencia y el vencimiento de la pena única impuesta se fijó para el 29 de enero de 2012, dándose intervención al Juzgado de Ejecución Penal respectivo el 12 de junio de 2008.

El 17 de febrero de 2009 el Juzgado de Ejecución Penal n° 1 del Departamento Judicial de Mercedes, provincia de Buenos Aires, le otorgó a Dutra la libertad asistida en el marco de aquella causa, la que se efectivizó en igual fecha.

Así las cosas, conforme a la interpretación propuesta por el suscripto del artículo 50, CP, la que he sintetizado de modo precedente, considero que dicha norma fue correctamente aplicada en el *sub lite*.

En efecto, de la información con la que se cuenta (reproducida *ut supra*), puede apreciarse que se controló el cumplimiento de la condena dictada el 21 de diciembre de 2007 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 de San Martín por un juzgado de ejecución, con arreglo a la normativa vigente, durante al menos ocho meses, y que se arribó en su transcurso a la concesión de un beneficio, como la incorporación al régimen de libertad asistida, que requiere



ineludiblemente un mínimo de tratamiento penitenciario previo, tal como se desprende de la lectura del auto que dispuso su soltura en dichos términos.

De adverso a tal dato objetivo, la defensa no acreditó al momento de instrumentar su recurso que se hubiese verificado en el *sub lite* alguno de los supuestos excepcionales mencionados en el precedente “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938), que autorizarían a no tener por verificado el requisito legal exigido en atención a lo exiguo del tiempo cumplido como condenado, o que no hubiese sido objeto de tratamiento penitenciario alguno, como puede inferirse de la doctrina establecida en “Romero” (Fallos 333:1075).

Con lo cual no ha logrado demostrar la arbitrariedad invocada, limitándose a manifestar su mera discrepancia con lo decidido.

Por otra parte, se observa también identidad de los bienes jurídicos lesionados, entre el delito por el que cumplió pena con anterioridad y el que cometió con motivo de la formación de esta causa (propiedad, y en ambos casos mediante el uso de armas de fuego), lo que satisface el criterio de reincidencia específica al que adscribo.

De esta manera, al tenerse por verificado el carácter comunicativo de la pena privativa de libertad anterior, parcialmente cumplida en los términos del art. 50, CP, cabe predicar lo propio respecto del efecto que ello debió haber producido sobre su mayor comprensión y consecuente conocimiento de la criminalidad o de la antijuridicidad del nuevo hecho cometido.

En función de todo lo expuesto, el agravio debe ser declarado inadmisibile.

IV. Por todo ello entonces, y sin costas en esta instancia (arts. 530 y 531 CPPN), voto por:

A. Declarar parcialmente inadmisibile el recurso de casación en orden a la solicitud de nulidad de los resultados obtenidos mediante





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNCI

las intervenciones telefónicas practicadas en este proceso, y respecto a los planteos de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, y de los artículos 12 y 50 del Código Penal (art. 444 del Código Procesal Penal de la Nación);

B. Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar parcialmente la sentencia recurrida, modificar la calificación legal de los hechos por los que se condenó a M. N. Dutra – los cuales resultan constitutivos de los delitos de homicidio agravado por haber sido cometido para procurar la impunidad para sí, en calidad de autor, en concurso ideal con el delito de tentativa de robo agravado por el uso de un arma de fuego, éste último en calidad de coautor, y mantener la pena impuesta (art. 54 del Código Penal, y art. 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

C. Rechazar los restantes agravios (artículos 470 y 471, ambos *a contrario sensu*, del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Pablo Jantus dijo:

I. Adhiero a la solución propuesta por el colega Mario Magariños en el acápite **II** de su voto, al coincidir con sus fundamentos en torno a la inadmisibilidad del agravio vinculado a la pretendida exclusión de la prueba derivada de las intervenciones telefónicas practicadas en el caso.

II. Sin embargo, a mi modo de ver, el rendimiento de la prueba colectada en el debate es insuficiente para tener por acreditada más allá de toda duda razonable la participación de M. N. Dutra en los hechos. En ese sentido, considero que el razonamiento que efectuó el Tribunal para fundar esa intervención resulta violatorio del principio *in dubio pro reo* contenido en el art. 3 CPPN, corolario a su vez del principio fundamental de inocencia (art. 18 CN), al que debieron recurrir los jueces que dictaron la sentencia por mandato constitucional al no alcanzar el grado de certeza positiva que demanda un pronunciamiento de tales características.



Todo ello, conforme al desarrollo efectuado al resolver, entre otros, en los casos de esta Sala “Mansilla” (Reg. n° 252/2015) y “Aristimuño” (Reg. n° 1038/16), y sus citas (José I. Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, 3ª edición, Depalma, Bs. As., 1998, p. 8; Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, España, 1998, p. 105 y ss.; Jorge Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Marcos Lerner, Cba., 1984, tomo I, p. 234; P. Andrés Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Bs. As., 2009, p. 91; art. 14.2 PIDCyP, conforme la Observación General n° 32 del Comité de Derechos Humanos de la ONU y CSJN, *fallos* 328:3399, “Casal”), en cuanto a cómo deben interpretarse los conceptos de certeza y duda.

En el caso, la materialidad del hecho no se encuentra controvertida y, a raíz del cuestionamiento de la parte recurrente, nos convoca determinar si se han reunido pruebas que permitan comprobar con certeza apodíctica que M. N. Dutrahaya participado en estos sucesos, tal como se sostuvo en la sentencia. Lo cierto es que

no se encuentra controvertido aquí que no existan pruebas directas para arribar a esa conclusión –ya que supresencia en el lugar de los hechos no fue verificada por dichos detestigos, por registros fílmicos, por el hallazgo de evidencia biológica, huellas o rastros o por otro medio probatorio de similar entidad–. El Tribunal tomó su cargo tal circunstancia y recurrió a los indicios antes mencionados para sostener, del modo que requiere nuestra ley constitucional y adjetiva, que el nombrado participó del hecho; es decir, aseguró que las cosas sólo pudieron ocurrir de una manera y no de otra.

Con relación a este tipo de prueba –y como señalé en el precedente “Aristimuno” citado, y en “Meglioli”, también de esta Cámara (Reg. n° 911/2016), entre otros–, es pertinente recordar el voto de indiscutible docencia emitido por el doctor Julio Ledesma,





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

que se transcribe, en las partes pertinentes, a continuación (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala II, rta. el 28/08/1979, "Leiva, Pedro A.", LA LEY 1980A, 574): *"l) ¿En qué forma debe probarse? El veredicto, según quedó dicho, está integrado por un juicio lógico que no es sino el »abstractum« de la declaración de voluntad del sentenciante obtenida de motivaciones fácticas hilvanadas sobre la base del estricto cumplimiento de un conjunto de normas jurídicas probatorias para que lo conduzcan a un mismo y único resultado. Porque, justamente, la condición que le impone la esencia misma de la sentencia penal en que entran en juego, por sobre todo, la libertad y la honra del hombre, lejos está de agotarse en simples apariencias formales o en una mera exterioridad, sino que reside en la de una auténtica realidad o, en otros términos, en la expresión de la verdad material del hecho y de su autor. De aquí que para llegar a ella le está vedado al juzgador transitar por un camino ribeteado de subjetivismo u ornamentado de discrecionalidad, porque no es un acto de fe, sino un documento de convicción razonada".*

"Sobre estas bases descansa pues la labor probatoria del juez que debe responder, consecuentemente, a un orden derivado esencialmente de las pretensiones invocadas por las partes o al menos de lo reconocido por ellas que es, en definitiva, lo que se busca probar en todo proceso. Por consiguiente, lo que el magistrado debe tener en cuenta como punto de referencia para el desarrollo de la sentencia a la que se encuentra avocado, es, en primer término, si hay o no confesión, desde el momento que ésta al constituir el reconocimiento voluntario y libremente determinado que vierte en juicio el procesado sobre el hecho y la participación que se le reprocha, deja cerrado prácticamente de antemano todo el ciclo probatorio sobre cuyo correcto trazado se centra todo el esfuerzo del juzgador. Esto permite adelantar que para una decisión asertiva la sentencia tiene que estar constreñida al cumplimiento de una



determinada estructura probatoria sobre la base de tres hipótesis: confesión, confesión calificada y negativa, toda vez que las demás probanzas previstas por el Cód. de rito con excepción de la testimonial, son simplemente adicionales o adquieren el carácter de complementarias de las mismas”.

“a) El hito basado en la confesión no sólo sirve de punto de arranque como primera hipótesis para el examen de las piezas de convicción en la sentencia, sino que resulta también un factor simplificador por sí mismo para dicho examen, dado su carácter de prueba condicionada heterogénea que le permite adquirir plena validez legal ante la sola comprobación de que está corroborada por otras circunstancias y accidentes referentes al hecho enjuiciado (doctr., art. 316, inc. 7, Cód. cit., »El proceso penal«, t. I, p. 196). Pero suele ocurrir que no siempre la referida prueba es lisa y llana, sino que se presenta también en una actitud jónica en cuanto el confitente en que, si bien por un lado reconoce paladinamente la existencia del hecho y su autoría, invoca, por otro, una causal desincriminatoria o atenuante”.

“b) Esta situación procesal en que se coloca voluntariamente el agente mediante la confesión calificada, corresponde también tenerla en cuenta para una segunda hipótesis de andamiaje de la sentencia al introducir un »plus« al primer caso antes apuntado, al basarse en una parcial negativa sobre la que queda en adelante limitada la prueba de cargo”.

“c) En vez, la ausencia de toda confesión, vale decir la negativa, implica dejar en pie la evaluación de todos los elementos de juicio allegados a la causa ante el total rechazo de autoría del encausado, por lo que su tratamiento como tercera hipótesis se impone. Tanto más, en que su resultado favorable o desfavorable al prevenido sólo puede obtenerse a través de un integral balance de la prueba de cargo frente a la de descargo de carácter indiciario o de la presencia o no de una prueba perfecta (arts. 306 y 358, Cód. de





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

Proced. Crim.), que se presenta en contados casos y que sirve por sí misma para acreditar plenamente la materialidad del hecho doloso enjuiciado y su ejecución”.

“La mecánica así trazada para la construcción de la sentencia asume, por tanto, para la labor del juzgador, trascendental importancia porque de ella podrá extraer con certeza conclusiones irrefutables que le servirán de soporte incontrovertible a la parte dispositiva del veredicto, desde que ésta no es sino la conclusión final y necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en los considerandos de la sentencia como consecuencia de su unidad lógico jurídica”.

Luego de referirse a las características de la prueba de confesión, el doctor Ledesma se ocupa del problema de la prueba indiciaria en los siguientes términos: *“c) Presunciones o indicios: No siempre la prueba que me ocupa es examinada como corresponde, desde que necesita una estructura particular, una organización interna distinta a las de las demás porque obedece filosóficamente a otros principios. Esto se pone de manifiesto cuando se trata de determinar la índole de la operación mental que se efectúa respecto al proceso lógico indiciario o cuando se pretende saber cuál es el fundamento racional de este tipo de prueba para poder extraer de él resultados asertivos cuando la decisión de que se trata recae sobre hechos derivados de un concurso de indicios”.*

“A pesar de la complejidad anotada, su esclarecimiento no está, sin embargo, vedado. Para obtenerlo, cabe partir, en mi opinión, del contenido conceptual de indicio. Este está conformado así, por todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, por toda pieza viva o hecho conocido debidamente comprobado, susceptible de llevar por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido, que se extrae de las relaciones lógicas o intuitivas derivadas de la naturaleza de las cosas”.



“La palabra indicio tiene, por consiguiente, dos contenidos conceptuales: el hecho indicador o indiciario y el de inferencia indiciaria o presunción. Esta última no se utiliza para individualizar hechos, sino operaciones de la mente o estados de espíritu por lo que constituye así una circunstancia inducida, pero para que adquiera relevancia jurídica debe fundarse necesariamente en hechos reales y probados (art. 358, inc. 7, ídem)”.

“Lo que la ley ha querido simplemente con este sistema probatorio es descartar una prueba conjetural obtenida exclusivamente de índices inciertos, por cuanto la experiencia demuestra que la mayor parte de los errores judiciales provienen no tanto de la interpretación de los indicios, sino de su comprobación defectuosa. De aquí que nuestra ley rituaría haya rodeado a la prueba que me ocupa de ciertas garantías, para que pueda ser empleada como cerrojo para una condena, poniendo a cargo de las partes para su aplicación en todo proceso el estricto cumplimiento de los siete recaudos que consigna el art. 358 del aludido cuerpo de leyes, los que pueden reducirse, a su vez, a los cuatro siguientes puntos fundamentales: 1) indicios o hechos indicadores; 2) combinación o síntesis de los indicios; 3) combinación de las inferencias indiciarias, y 4) conclusión”. Claro está, que el doctor Ledesma se refiere al sistema que contemplaba el Código de Procedimientos en Materia Penal que regía en esa época.

Señala, con relación a los tres últimos requisitos de la prueba de **indicios**, lo siguiente: *“a) Deben ser varios, reuniendo cuando menos el carácter de anteriores al hecho y concomitantes con el mismo (inc. 2): Un solo indicio aun grave no es suficiente para demostrar la culpabilidad del encartado. No cabe duda de que esta situación se produce cuando ésta sea la única prueba aportada al proceso, dado que un indicio acoplado a otras piezas de convicción*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

constituirían, en cambio, probanzas suficientes para demostrar la existencia de un hecho doloso y su autoría”.

*“b) Deben ser **concordantes** los unos con los otros, de manera que tengan **íntima conexión** entre sí y se relacionen sin esfuerzo, desde el punto de partida hasta el fin buscado (inc. 6): Este requisito exige que se ensamblen los indicios entre sí, de modo que produzcan un todo coherente y natural en el cual cada hecho indiciario tome su respectiva colocación en cuanto al tiempo, lugar y demás circunstancias. De aquí que la fuerza probatoria de los indicios no depende del análisis aislado de cada uno en particular, sino de la lógica concordancia de su conjunto apreciada razonablemente a la luz de la sana crítica”.*

*“3) Combinación de inferencias indiciarias: **No deben ser equívocas**, es decir, que todos reunidos no puedan conducir a conclusiones diversas (inc. 4). Esta convergencia de que deben estar dotadas las inferencias indiciarias al tener que concurrir a un mismo fin exige para que adquieran validez de plena prueba que tengan relación directa con el delito, que **sean varias las que eslabonadas unas con otras deban llevar lógica y naturalmente al ilícito mismo y no a otra conclusión por su carácter ambivalente”.***

*“4) Conclusión: En tales condiciones, la **conclusión** debe ser:*
*a) **Inmediata**: Esto determina que la conclusión no debe obtenerse nunca de una cadena de silogismos, sino como consecuencia de un exclusivo desarrollo mental de tipo silogístico. De aquí que no sea inoportuno añadir que esta operación intelectual exige partir, para que sea adecuada, de un hecho conocido debidamente comprobado, susceptible de llevar por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido que se extrae de las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas. b) **Asertiva**: La convicción del magistrado sobre la existencia de la realidad objetiva del hecho doloso enjuiciado y su autoría extraída de este género de prueba, no*



debe dar lugar a ninguna duda razonable por cuanto, conforme quedó dicho, los indicios deben fundarse inexcusablemente en hechos reales y probados. Por eso este tribunal ha podido establecer que la posibilidad o verosimilitud de que haya ocurrido un hecho en determinada forma, sólo puede tomarse como un indicio incierto, pero que no es suficiente para fundar una condena, dado que requiere afirmaciones categóricas, conclusiones asertivas y hechos probados ("in re": Ageitos, 23/4/40, Fallos, CCC, t. IV, p. 546 -Rep. La Ley, III, AI, p. 804, sum. 3-)."

El doctor Augusto Morello, por su parte, en el comentario a un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (causa "Vera Rojas, Rolando", rta. 15/7/97, L.L., "Suplemento de Jurisprudencia Penal" del 23 de febrero de 1998, p. 1 y ss.), en el que jugaba un papel primordial la prueba de indicios, aunque referido a otro delito, también se extendió sobre este medio probatorio. Allí el prestigioso jurista señala que: *"Si hay un sector del mapa probatorio que lleva al operador jurídico (juez, jurado, árbitro, abogado) a trabajar en un frente de conjunto, en una red que, interactuante, anude y teja es el de los indicios: dispersos acaso débiles o insuficientes, si son tratados en solitario, pero que multiplican e interactúan en la recíproca articulación y en función unitaria, el valor de convicción de las evidencias. Las parcelas, los indicios, abastecen a las presunciones (así, en plural) que, se reflejan en el paciente armado de la totalidad de esos cabos sueltos. Tan delicada y compleja tramase dibuja, a los fines de la carga de probar, enlazando débiles consistencias parciales, en una ponderación que relaciona unos indicios con los otros por construir un plexo de hecho en unidad combinada. No hay modo de captar esas partes sino en un todo; sólo así se desemboca en un cuerpo de fuerza compacta. Y es indebida fractura y dispersión hacerlo aisladamente (mentamos la 'balcanización') porque el intérprete de la prueba le atribuye al conjunto la aparente debilidad de lo que quedó desarticulado; por*





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

tratarse de un examen incompleto la anemia que podría exhibir cada indicio, contrariamente, de ser aprehendidos en visión totalizadora, cobra un nuevo espesor y su verdadera y definitiva significación. El tipo delictivo explica de por sí la necesidad de evaluar el comportamiento en la forma señalada subsumiendo los hechos enjuiciados a través de su idónea reconstrucción a la que es dable arribar trabajando los elementos compatibles de manera armónica, globalmente, aprehendidos en su peso acumulado, que es el que acuña su sentido. El racimo de indicios que en la mayor dificultad de predicación de la questio facti diseña una pista que se robustece en el entrecruzamiento y coordinación de esos hilos, porque cruzados con la urdimbre (hecho central) forman el punto sino óptimo, cuanto menos suficiente de certeza”.

La tarea de combinar los indicios reunidos, debe tener por objeto, obviamente, determinar si en cada caso particular se ha logrado lo que se ha dado en llamar “certeza apodíctica” que es aquel estado en el que el juzgador puede aseverar que los hechos han ocurrido de una manera y no de otra.

Es claro que los sentenciantes justificaron este extremo principalmente en que en el pasillo del segundo piso del edificio en el cual tuvieron lugar los episodios se halló un teléfono celular propiedad de Dutra, y que tal extremo fue reconocido por él y su asistencia técnica durante el debate oral y público. Al respecto, ponderaron que, conforme expresó durante el debate el señor J. A. H., ese aparato se encontraba en la esfera de custodia de la persona que había efectuado los disparos a la víctima y se le había caído mientras forcejeaba con ella.

Como bien sintetizó en su voto mi colega que lidera este acuerdo, frente a ese dato objetivo, el tribunal de origen analizó la hipótesis alternativa introducida por el imputado –que el día de los episodios perdió su teléfono celular, al momento de su comisión se encontraba jugando un partido de fútbol, y advirtió esa circunstancia



una vez que regresó a su domicilio, pues notó que no tenía ese aparato en su poder cuando estaba por comenzar ese partido pero creyó que lo había dejado cargando en su hogar- y consideró que correspondía descartarla por tratarse de una hipótesis inverosímil.

Pero aun cuando se reputara suficiente esa afirmación y se superase la cuestión, las circunstancias deductivas que invocaron los magistrados para fundar la presencia de Dutra en el departamento y su participación activa en los hechos resultan insuficientes para sostener esa hipótesis con el grado de conocimiento requerido.

Es evidente que las circunstancias mencionadas y analizadas minuciosamente en la sentencia constituyen un marco indiciario ponderable al momento de definir una situación procesal en la etapa preliminar; sin embargo, y esto es lo medular a la hora de resolver el caso, de ellas no se deriva necesariamente que por haberse hallado el celular del encausado en la escena de los hechos éste haya cometido los sucesos se le reprochan, incluso cuando sea plausible poner en tela de juicio la hipótesis alternativa que se plantea.

En esta dirección, como sostuvo el Máximo Tribunal en el precedente “Rojas, Lucía Cecilia; Jara, Ricardo Omar; Vázquez, Cristina s/homicidio agravado” (C.S.J.N: 342:2319): “(...) resulta decisivo que el juez, aun frente a un descargo que pudiera estimarse poco verosímil, mantenga una disposición neutral y contemple la alternativa de inocencia seriamente, esto es, que examine la posibilidad de que la hipótesis alegada por el imputado puede ser cierta. Desde esta perspectiva, la presunción de inocencia consagrada en el artículo 18 de la Constitución Nacional puede ser vista, en sustancia, como el reverso de la garantía de la imparcialidad del tribunal” (v. considerando 22, segundo párrafo).

Bajo estos lineamientos, no es posible concluir sin riesgo a error que por ser Dutra el titular del celular en cuestión haya intervenido en los hechos traídos a estudio, ya que no permite concluir





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

unívocamente tal aserto, a lo sumo constituiría un indicio más de su participación.

Puntualmente en cuanto este extremo, el *a quo* destacó que el celular registraba distintas llamadas entrantes desde el móvil de su ex pareja, la señora María Laura Lappettina y, en especial, una de ellas a escasos minutos antes de la comisión de los hechos, precisamente a las 21:07 hs. No obstante, lo cierto es que esta circunstancia ninguna conclusión certera permite arribar, pues a partir de ella, justamente, sólo se puede acreditar la intención de la nombrada en comunicarse con el imputado, no así la identidad del tenedor del celular en el día y horario de los hechos.

En definitiva, ante dicho panorama, bien podría haberse sostenido el descargo del imputado, como así también la hipótesis acusatoria; sin embargo, observo que el tribunal de origen se inclinó por la última sin ahondar con profundidad en el análisis del otro, limitándose a descartarlo y a reputarlo como inverosímil.

En definitiva, y para ser más preciso, advierto que la única prueba de cargo indiciaria que podría involucrar al nombrado, con el alcance expuesto, es el hallazgo de su celular en el lugar de los acontecimientos. Y en este contexto, observo que esta prueba no se encuentra conectada con otras de entidad suficiente para fundar la imputación dirigida al encausado; lejos de ello, considero que el Tribunal efectuó una valoración parcializada de aquellas favoreciendo la hipótesis acusatoria, tal como lo hizo con el registro de las llamadas entrantes de la señora María Laura Lappettina al celular en cuestión.

Ello es así en la medida en que el análisis de la sentencia, luego de partir de la primera conclusión cuestionada, relativa a la inferencia de que era inverosímil que hubiese extraviado el celular aquel día antes del incidente, motivo por el cual concluyó que era el autor de los hechos, señaló justamente circunstancias que promovían la duda para sostener unívocamente tal aserto. Veamos.



En concreto, en la sentencia se ponderó que los testigos Ángel Emir Portinari, Juan Manuel Pérez y Gabriel Fernández efectivamente corroboraron que los lunes -día de ocurrencia los sucesos- acostumbraban jugar al fútbol entre las 20:00hs. y 22:00hs. -el horario de los hechos acreditados tuvo lugar aproximadamente a las 21:15hs.-, pero que ninguno pudo afirmar que el día en cuestión Dutra hubiese jugado. Y ante esta disyuntiva, observo que el *a quo* optó por cuestionar la oportunidad en la cual fueron propuestos los testigos, sin analizar el manto de duda que se presentaba, concluyendo nuevamente en la presunta inverosimilitud del imputado.

Luego, y ante este contexto nebuloso, el Tribunal se esforzó en inferir y brindar argumentos para sostener los motivos por los cuales podrían encontrarse semejanzas físicas entre la descripción del autor de los hechos y la figura que lucía el imputado en aquella época para relativizar el resultado negativo de las ruedas de reconocimiento por parte de los damnificados; sin embargo, pese a ello, el *a quo* persistió en apoyar la hipótesis acusatoria a partir de su aislada convicción.

Sobre dicha base endeble, el Tribunal afirmó el extremo del que se trata y también ponderó un antecedente condenatorio del encartado, cuyo hecho tendría similitudes con los investigados en esta causa; razonamiento complementario y arbitrario que en modo alguno permite fundar la participación de Dutra en estos sucesos.

Por último, como bien destacó la defensa en su recurso, tampoco resulta un dato menor y promueve la duda, la circunstancia de que no se valorara en la sentencia las pericias químicas efectuadas sobre la bolsa con elementos que llevaban los sujetos que intervinieron en los episodios, que constataron la falta de rastros que hubiesen permitido encontrar muestras de ADN de los intervinientes.

En virtud de lo expuesto, considero entonces que la cuestión debió resolverse a favor del imputado por aplicación del art. 3 CPPN -corolario del principio fundamental de inocencia (art. 18 CN)-





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

puesto que no se ha reunido si quiera evidencia suficiente para sostener, más allá de toda duda razonable que Dutra haya sido el autor material de los sucesos investigados.

Aunque es cierto que el estado de sospecha pudo haber justificado el avance del proceso hasta el juicio, es claro que a la hora de determinar la participación del imputado en un suceso para imponer una condena, es necesario demostrar que exista certeza apodíctica, que no se conforma como en el caso con indicios que sólo indican una situación sospechosa.

Al respecto, sostiene Perfecto Andrés Ibáñez que “decidir jurisdiccionalmente conforme a la presunción de inocencia, en rigor, equivale a entender que sólo procederá la condena cuando, razonablemente (es decir, en términos de racionalidad inductiva) no existe ninguna duda acerca de la realización del delito y de la identidad del autor. Y, ya se ha dicho, que a esa conclusión sólo puede llegarse a partir de la existencia de una hipótesis acusatoria eficazmente sustentada por pruebas, una y otras producidas y valoradas en el marco de un proceso contradictorio” (*Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, 1º ed. Hammurabi, Bs. As., 2009, p. 91).

Es por las razones expuestas que considero arbitrario el razonamiento desarrollado en la sentencia en revisión ya que, como se mencionó previamente, viola tanto la regla de la sana crítica racional –al construir la participación del acusado sobre una sospecha que no resultó suficientemente respaldada por la restante prueba indiciaria e indirecta ya mencionada– como el principio *in dubio pro reo* que debió necesariamente aplicarse en consecuencia.

En consecuencia, concluyo que corresponde resolver el caso de acuerdo al principio consagrado en el art. 3 CPPN, absolviendo a M. N. Dutra por el cual fue condenado.



Por ello se torna, además, inoficioso el tratamiento del resto de los agravios introducidos por la defensa.

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

1. He sido sorteado para intervenir en esta causa en virtud del criterio adoptado por los jueces que integran la Sala III.

Según se lee en el punto VI, los colegas no pudieron arribar a una mayoría *“...a los efectos de dictar resolución, en los términos exigidos en los artículos 398 y 469 del Código Procesal Penal de la Nación, en punto a la decisión que corresponde adoptar sobre los agravios vinculados con la calificación jurídica asignada en la sentencia a la plataforma fáctica que se tuvo por acreditada, el planteo de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, y la declaración de reincidencia del acusado. En función de ello, se dispuso remitir el expediente a la Oficina Judicial para que ésta proceda a integrar la Sala de conformidad con lo establecido en el artículo 26 del decreto n° 1285/58, los artículos 109 y 110 del Reglamento para la Justicia Nacional y el artículo 36, inciso “b” del Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional (aplicable en función de la remisión dispuesta por el artículo 57 del Reglamento de esta Cámara), y tal como se ha ordenado en anteriores ocasiones (cfr. reg. ST 1148/2015, reg. 638/2016, reg. n° 1024/2019, y reg. n° 1724/2019, entre otras)...”*.

2. En distintos precedentes ya me pronuncié contra la convocatoria *de un cuarto juez o jueza* para dirimir casos como el presente, por diversas razones. Sintetizaré aquí lo dicho en esos





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNCI

asuntos (ver “Ruiz”¹, “Álvarez”², “Retamar”³, “Rosales Manrique”⁴, “Paredes Paredes”⁵ y “Ucha”⁶).

a. La interpretación de las reglas del CPPN mencionadas en el punto VI transcripto conduce a la aplicación del sistema de *cuestiones vencidas*.

b. Las otras reglas invocadas para realizar la convocatoria (arts. 26, decreto-ley 1285/58 ratificado por ley 14.467; 109 y 110, Reglamento para la Justicia Nacional y 36 b) del Reglamento para la Jurisdicción en lo Criminal y Correccional) no resultan aplicables al caso porque, en primer lugar, se trata de disposiciones pensadas para la aplicación de un código procesal que no preveía el juicio oral y público. De allí entonces que el art. 26 mencionado hable de “las cámaras nacionales de apelación”. Además, y esto es lo más relevante, existiendo reglas específicas sobre el punto, contenidas en el CPPN, ellas son las que deben aplicarse en primer lugar.

c. Hasta la sanción del CPPF (ley 27.063, t.o. por ley 27.482) la tradición legislativa argentina en la materia estableció el método de *cuestiones vencidas* como forma de votar y resolver los casos por los tribunales intervinientes. Al respecto, ya señalaba Jorge Clariá Olmedo que la deliberación se integraba con dos operaciones: la discusión y la votación de las diversas cuestiones. Pero una y otra exigían un paso previo: primero, plantear *cuáles eran* las cuestiones para resolver; y segundo, el orden de su decisión. *“El problema de la votación de las cuestiones como tarea integrante de la deliberación, es asunto que la ley ha debido resolver con relación a los tribunales colegiados, y en cierta medida no escapa a la preocupación*

1 Sentencia del 14.5.18, Sala III, jueces Huarte Petite, Magariños, Jantus, Bruzzone y Sarrabayrouse, registro n° 536/18.

2 Sentencia del 19.11.19, Sala II, jueces Morin, Días, Sarrabayrouse y Jantus, registro n° 1724/19.

3 Sentencia del 20.5.20, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin, Días y Rimondi, registro n° 976/20.

4 Sentencia del 1.9.20, Sala III, jueces Jantus, Huarte Petite, Magariños y Sarrabayrouse, registro n° 2634/20.

5 Sentencia del 1.9.20, Sala II, jueces Morin, Días, Sarrabayrouse, Jantus y Magariños, registro n° 2768/20.

6 Sentencia del 3.11.20, Sala III, jueces Magariños, Huarte Petite, Jantus y Sarrabayrouse, registro n° 3075/20.



*republicana de algunas constituciones provinciales. Comprende dos aspectos: la determinación del orden para la emisión de votos; el método de votación...La votación debe hacerse separadamente con respecto a cada una de las cuestiones, a medida que vayan siendo discutidas, y quedarán resueltas por mayoría de votos. No puede darse paridad (empate). Si en una cuestión no se consigue unanimidad, el vocal disidente queda vinculado a lo resuelto por la mayoría en cuanto a la discusión y decisión de las cuestiones siguientes. En consecuencia, deberá dar por cierto o exacto lo que la mayoría opinó y decidió, sin tener en cuenta el sentido de sus votos minoritarios anteriores ni los fundamentos que lo determinaron en cada una de las votaciones ya agotadas. Esto justifica la necesidad de un correcto orden de las cuestiones sometidas a deliberación...".⁷ En esta misma línea se inscriben los Proyectos de CPPN elaborados por Julio Maier (el de 1986 y el Proyecto de CPPN modelo, publicado en el tomo III de su obra *Derecho procesal penal, Actos procesales*, 1ª edición de la Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015, ps. 371 y sigs.).*

d. El método elegido en este caso significa en la práctica suprimir la deliberación, pues se convoca a un juez o jueza a resolver el punto o los puntos con respecto a los cuales no se ha alcanzado mayoría, cuando, en realidad, quien ha sido convocado debería participar de la discusión del caso como un par. Esto es contrario a las virtudes de la deliberación, que deberían orientar la actividad de los órganos colegiados.

Cito en apoyo de este argumento el trabajo de Amalia Amaya, *Group – Deliberative virtues and legal epistemology* (traducido como *Virtudes, deliberación colectiva y razonamiento probatorio en el derecho*⁸) que, dicho en pocas palabras, propone establecer qué

⁷ Cfr. autor citado, *Tratado de Derecho procesal penal*, t. VI, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2009, ps. 332 – 333.

⁸ Ponencia presentada en el “II Congreso de la colección Filosofía y Derecho. Congreso Mundial sobre Razonamiento Probatorio”, organizado por la Cátedra de Cultura Jurídica de la Universidad de Girona, 6, 7 y 8 de junio de 2018, Girona, España. En lo que sigue, haré un resumen de la versión escrita del trabajo presentado en el mencionado Congreso.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

virtudes deberían poseer los individuos que deliberan genuinamente. Se trata de establecer qué virtudes facilitan la deliberación colectiva, esto es, cuáles son necesarias para que los colegios de jueces (o jurados) aumenten las posibilidades de que sus decisiones sean correctas. Además, estas virtudes tienen una función correctiva y tienen implicaciones con las políticas públicas, y pueden agruparse según diversas perspectivas. Desde el punto de vista *epistemológico* corresponde citar la apertura de mente, la valentía y honestidad intelectual, y la imparcialidad; entre las virtudes *morales*, el civismo (expresado a través del buen trato), la amabilidad y el respeto mutuo, la cooperación y la templanza; las virtudes *argumentativas*, esenciales para alcanzar una sinergia positiva, en tanto ellas generan un ambiente cómodo que facilita la deliberación, es decir, la discusión: permiten exponer con comodidad las opiniones minoritarias, lo que implica escuchar al otro, estar abierto a modificar la posición propia, y cuestionar lo obvio; y finalmente, las *comunicativas*: la sinceridad, la receptividad y la claridad.

Todas estas virtudes están implicadas entre sí y fundamentan una concepción de la voluntad unitaria: la multitud sabe más que los individuos.

En cuanto a las normas de la deliberación, ellas buscan alcanzar el consenso. Aquí las virtudes tienen el valor práctico de saber *gestionar* el desacuerdo. Además, la deliberación tiene un valor moral y político: son lugares donde se adoptan decisiones apoyadas en razones.

El ejercicio de estas virtudes facilita el entorno, mediante el respeto a la opinión minoritaria. También tienen una función correctora: tratan de evitar las distorsiones deliberativas que conducen a decisiones peores que las individuales. Los riesgos que busca neutralizar son: la amplificación, la homogenización (reducción de la variabilidad: lo que dice el primero, el resto lo repite), la polarización



de las opiniones, la dominación cuando se imponen las voces minoritarias (no hay participación sino avasallamiento).

Estas virtudes deliberativas también son útiles para atenuar los errores individuales, en tanto permiten advertir y corregir los sesgos que necesariamente carga cada individuo.

En definitiva, las reglas de decisión por mayorías favorecen las virtudes de la deliberación: fomentan el respeto interno y permiten expresar opiniones diversas.

e. En la misma línea de pensamiento puede inscribirse la decisión administrativa adoptada por la Corte Suprema en la Acordada 44/2018, voto de los jueces Ricardo Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y Horacio Daniel Rosatti, en el que se lee: “...esta Corte ha resuelto que una regla esencial en el funcionamiento de todo cuerpo o tribunal colegiado consiste en que sus miembros deben deliberar hasta tanto alcancen el consenso necesario para tomar decisiones; y asimismo, destacó que el debate y el intercambio de ideas tienen por objeto, precisamente, que los discursos argumentativos y el peso de las razones invocadas persuadan y convencan a los demás integrantes del cuerpo de dejar de lado las opiniones inicialmente sostenidas para sumarse a otra que hará mayoría y será, por ende la única conclusión válidamente adoptada por el órgano de que se trata...La referida colegialidad aporta a la deliberación profusión argumentativa y diversidad de opiniones, ambos valores esenciales del sistema democrático. Esa condición evidencia asimismo el control que los miembros del Tribunal ejercen recíprocamente, todo lo cual enriquece la calidad de la decisión...”.

f. La misma Corte Suprema en el caso “**Establecimiento Las Marías**” (sentencia del 4 de septiembre de 2018) señaló: “1º) Que los pedidos de regulación de honorarios...promueve el examen de dos cuestiones en cuya decisión – tras la deliberación efectuada en el seno del Tribunal por los cinco miembros que la integran- no





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

*concurrer las opiniones de los mismos tres jueces del Tribunal. 2º) Que en tales condiciones y frente a la inexorable obligación constitucional que pesa sobre esta Corte de decidir los asuntos pendientes, para alcanzar la indispensable **mayoría absoluta de votos concordantes de los jueces que la integran** –a fin de dictar una sentencia válida- exige el art. 23 del decreto – ley 1285/58 (ratificado por ley 14.467), se debe escindir el conjunto decisorio en las diversas cuestiones que lo componen en las que no se ha logrado la mayoría en los términos señalados.*

“En efecto y frente a situaciones de excepción como la que se verifica en el sub lite, dada la imposibilidad de convocar a conjueces al no concurrir ningún supuesto – de recusación, excusación, vacancia o licencia de alguno de los cinco miembros del Tribunal- que autorice dicha integración (decreto ley citado, art. 22), esta Corte ha procedido bajo la modalidad indicada de resolver un caso escindiendo cuestiones (Fallos: 322:1100 y 324:1411), pues no hay otro modo de proceder legalmente contemplado que permita superar la situación de atolladero institucional que se verificaría cuando, como en el caso, participan del acuerdo los cinco miembros que legalmente integran el Tribunal y la mayoría absoluta integrada por los mismos jueces no concordare en la decisión de todas las cuestiones que exigiere la solución del caso...” (el destacado me pertenece).

g. Por último, y para cerrar mi posición sobre esta cuestión, entiendo que la convocatoria a un cuarto juez o jueza tampoco resuelve los casos, porque no es posible alcanzar una mayoría. Si se trata de un colegio de cuatro integrantes, el número para arribar a esa mayoría es de tres y no de dos.

3. Ahora bien, este sistema de ampliar la integración del tribunal para resolver los casos presenta el inconveniente adicional de



que, paradójicamente, puede conducir finalmente a que toda la cámara sea llamada a resolver un asunto, cuando ese mecanismo no ha sido previsto (sobre las distintas paradojas que genera el “método del cuarto juez”, ver el voto del juez Rimondi en el caso “**Retamar**” ya citado, al intervenir en esa calidad).

Para evitar esta situación, y existiendo un acuerdo de tresvotos para decidir el caso conforme a lo dicho en el punto VI, entiendo que corresponde me expida como han propuesto los jueces de la Sala III. Solo me resta señalar que sería esperable la realización de un plenario de esta Cámara para establecer un criterio uniforme en el punto para solucionar situaciones como las aquí planteadas.

4. Sin perjuicio de que trataré *exclusivamente* las cuestiones con respecto a las cuales los jueces de la Sala III no han alcanzado mayoría, entiendo necesario referirme brevemente a la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de mérito. Estimo relevante esta mención debido a la disidencia del juez Jantus que propone la absolución de M. Dutra.

La reconstrucción de la intervención del imputado en el hecho que se consideró finalmente probado giró en torno, fundamentalmente, al hallazgo de un celular en el lugar donde ocurrió el suceso. Pudo establecerse, a través de la declaración del testigo H., que ese aparato se le había caído a quien mató a B.. A partir del secuestro del teléfono, la investigación llegó a su propietario (o al menos, quien lo utilizaba para la fecha del suceso), M. Dutra.

Por su parte, el imputado sostuvo centralmente dos cuestiones: que el teléfono lo extravió ese día; y que, cuando ocurrió el hecho, estaba jugando al fútbol. Además, denunció el extravío del celular para primordialmente alejar las sospechas de infidelidad de su pareja de entonces, la testigo Lapettina, quien en el juicio, sin embargo, descartó que ella hubiera influido en esa decisión.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

La sentencia construyó la condena de Dutra acentuando el carácter *falaz* de su declaración y basándose en el análisis de los indicios, según la tradicional obra de Gorphe. Aquí, según dije en los precedentes “Orillo”⁹ y “Giménez Enciso”¹⁰, el hallazgo del celular constituye lo que IGARTÚA SALAVERRÍA denomina un indicio *cualificado*, esto es, uno de aquéllos “...que acrecientan sobremanera la probabilidad de la hipótesis acusatoria, fundamentalmente porque no se vislumbra ninguna hipótesis alternativa (y si, de verdad, los hechos hubieran ocurrido de otro modo, sólo el imputado estaría en condición de formular la contrahipótesis correspondiente). Por ejemplo, si tras el asalto a un banco, se encuentran en el interior de la caja fuerte las huellas del imputado, quien nunca ha mantenido relación alguna con la entidad bancaria, no se ve qué hipótesis se puede manejar contrapuesta a la de su participación en el evento (salvo que las explicaciones del interesado confieran alguna verosimilitud a algo que no se nos ha pasado por la cabeza)...”.¹¹ Si bien en el caso particular el imputado expuso una hipótesis del caso, entiendo que aun dejando de lado parte de la argumentación utilizada por el tribunal de mérito es posible arribar al mismo resultado (esto es, la condena) por dos motivos: Lapettina no dijo que ella impulsó la denuncia; y cuando la pérdida de un celular es producto de un extravío, si no hay un seguro, ese aviso policial resulta innecesario.

5. Ingreso entonces a las cuestiones para las cuales he sido convocado.

Con respecto a la calificación legal que cabe asignar al hecho considerado probado, conviene repasar qué argumentaron el tribunal y la defensa en ese punto.

a. Para fundar ese encuadre jurídico, el *a quo* sostuvo que “... en circunstancias en las que Dutra pretendía darse a la fuga del

⁹ Sentencia del 6.11.19, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 1616/19.

¹⁰ Sentencia del 21.10.20, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 2993/20.

¹¹ Cfr. autor citado, *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*, Ediciones Olejnik, Buenos Aires, 2018, p. 82.



interior del domicilio en el cual había irrumpido con intenciones de robo junto a otro ignoto sujeto, fue sorprendido por D. E. B., quien -al advertir lo que acababa de ocurrir- procuró interceptarlo para evitar que lograra su cometido. En ese contexto, ambos iniciaron un forcejeo y, en miras a lograr vencer la resistencia opuesta y huir para procurar su impunidad, Dutra efectuó varios disparos con el arma de fuego que llevaba consigo y provocó las lesiones que, a la postre, le ocasionaron el deceso del joven B...". Luego continuó explicando: "...no caben dudas que la actitud adoptada por el traído a juicio tuvo como objetivo apartarse de la escena del hecho y lograr la impunidad del desamparamiento violento que intentara consumir previamente, con lo cual queda demostrada la conexión requerida por la aludida figura delictiva..." y citó doctrina para respaldar la posición.

Acto seguido, añadió que "...el artículo 80 inciso 7° del Código Penal se refiere al homicidio cometido por un sujeto en cuya mente, al momento de matar, existe el propósito de preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o para procurar la impunidad para sí o para otro (homicidio finalmente conexo) o, bien, por no haber logrado el fin propuesto al intentar ese otro delito (homicidio casualmente conexo) ...". En punto al caso concreto, analizó que "...se configuró la primera de las variantes de mención (homicidio finalmente conexo) y, en particular, el supuesto que se vincula a procurar la impunidad para el propio autor. Ello así a poco que se repare en que la muerte de B. fue consecuencia de la acción directa y dolosa de Dutra, quien le efectuó varios disparos a corta distancia y a zonas vitales del cuerpo (...) con la clara intención de procurar su impunidad en el intento de robo que se llevó a cabo en el departamento 'D' del segundo piso del edificio sito en Catamarca 1155 de esta Ciudad..."

Trascartón expuso: "...se encuentra fuera de discusión que Dutra sabía que su accionar indefectiblemente derivaría en la muerte





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

de B. y ello por cuanto, no puede obviarse -como se consignara-la cantidad de disparos efectuados por el imputado a zonas vitales como así tampoco la escasa distancia que lo separaba de la víctima, lo que revela la clara voluntad de aquél de acabar con la vida de la persona que pretendió evitar que lograra escapar y, de tal modo, alcanzar su impunidad, más allá de que esa decisión haya sido concomitante al momento en el que inició el forcejeo entre ambos...”; y, sobre ese punto en particular, aclaró que “...tanto la doctrina como la jurisprudencia ha sostenido que no se necesita para su concurrencia una preordenación anticipada, toda vez que la ley únicamente exige que el fin delictuoso funcione como determinante del homicidio, lo que no requiere una reflexión, sino sólo una decisión, que puede producirse súbitamente durante la ejecución del hecho...”.

b. Frente a tal motivación, la defensa basó su reclamo concretamente en los siguientes argumentos: “...Que, sin desmedro de sostener de que la única posibilidad ajustada a derecho en marras, no puede resultar otra que la declaración de la libre absolución de M. N. DUTRA, también causa especialagravio -de manera subsidiaria-, que el arbitrario auto puesto en crisis, califique el suceso de hecho típico como constitutivo de ‘homicidio criminis causa’ (conf. art. 80, inc. 7º, primera variante de “homicidio finalmente conexo”, del CP), cuando la correcta subsunción típica del supuesto de hecho típico acreditado durante el debate, se corresponde a la tipificación prevista en el art. 165 del CP, o sea, homicidio en ocasión de robo, o sea, de la lesión producida por disparo de arma de fuego -a la postre mortal- en perjuicio de D. E. B., en ocasión del intento de robo de la notebook marca ‘Toshiba’ sustraída del domicilio de la progenitora de aquel, A. M. P.. Se trata del delito de robo agravado por su comisión mediante arma de fuego -en grado de tentativa-, seguido de una lesión a la postre mortal. Es decir, de un delito de



robo agravado por uso de arma -en estadio de conato-, cualificado por el resultado de la lesión mortuoria. No obstante lo señalado, al promover esta parte como única solución ajustada a derecho la declaración de la libre absolución de M. N. DUTRA,colegimos que tal pretensión quedaría en abstracto...”.

c. En el precedente “**Guerra**”¹² se realizó un pormenorizado examen de la figura legal en cuestión (art. 80 inc. 7º, CP); análisis que fue recogido recientemente en “**Miranda y Alesi**”¹³ y que amerita ser recordado aquí, en lo pertinente.

Tras repasar ciertas opiniones doctrinarias y un tramo de la exposición de motivos que precedió al proyecto del CP en la que expresamente se diferenció la agravante del artículo 80 inc. 7º, CP respecto del art. 165, CP, el juez Horacio Días sostuvo que no puede concluirse que los tipos penales allí previstos se encuentren superpuestos. Explicó que en el primero existe, como elemento diferenciador del homicidio en ocasión de robo, una relación de conexidad causal entre el delito de robo y la muerte de una persona. Así, en el caso de la causa analizada se habían empleado armas de fuego en el robo y, cuando los acusados se encontraron frente a la certeza clara y concreta de que la persona a ser robada –un policía– opondría resistencia de manera tal que la sustracción, cuya ejecución ya había comenzado, se vería frustrada, causaron su muerte. En otras palabras, *al advertir –Guerra– que la víctima opondría resistencia, decidió matarla, con conocimiento y voluntad expresa*, en virtud del fracaso del plan delictivo inicial. También destacó el colega que el imputado nombrado, frente a la resistencia desplegada, bien podría haber desistido de la acción iniciada –el robo, ya en fase de tentativa–, volviendo sobre sus pasos y haciendo abandono del lugar, lo cual no había realizado.

12 Sentencia del 29.11.18, Sala I, jueces Días, García y Sarrabayrouse, registro n° 1563/18.

13 Sentencia del 2.9.20, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 2643/20.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

Por último, analizó el rol de coautores de los intervinientes y sobre ese punto detalló que no advertía dudas de que había existido un plan diseñado por quienes participaron en los hechos, valiéndose de algunos medios en común (automóviles y armas de fuego); con lo cual la distribución de roles evidenciada y el asentimiento que había mediado por parte de todos los integrantes que tomaron parte en la ejecución era una evidencia incuestionable de un actuar conjunto. Remarcó que ninguno de los partícipes había retirado su aporte, y eso implicaba un asentimiento al accionar global que incluía también los elementos propios de la agravante; manteniéndose una anuencia tácita y constante que los involucrados nunca rechazaron de manera expresa y clara.

A su vez, y en la misma dirección, el juez García señaló: “... en punto a la tipicidad subjetiva de la figura del homicidio agravado del art. 80 inc. 7, CP, que lo relevante no es si se trata de algo premeditado o espontáneo...sino determinar si, en el momento de realizar la acción idónea para matar, el agente toma la resolución de realizarla con la finalidad de facilitar, consumir u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad, o si lo hace por no haber logrado el fin propuesto...”; “...también quedan atrapados por el art. 80, inc. 7, CP, los casos que con originalidad la defensa califica de ‘violencia defensiva’...”; “... ahora, si la violencia elegida por el autor del robo consiste en matar para preparar, facilitar, consumir u ocultar un robo, o en matar para asegurar los resultados del robo, o en matar para procurar la impunidad del robo, o en matar ‘por no haber logrado el fin propuesto al intentar el robo’, entonces el delito no es un robo, ni un robo del que resulta un homicidio, sino un homicidio conectado con la preparación, la ejecución o el ocultamiento o impunidad de un robo...” (ver sentencia citada, voto del juez García, punto 6.b).

d. En este caso, como se advierte de las transcripciones plasmadas en los puntos a y b, la defensa se limitó a exponer su



opinión contraria a la sentencia pero *sin controvertir adecuadamente sus fundamentos* ni brindar un sustento jurídico y fáctico suficiente e interrelacionado como respaldo de su reclamo.

No obstante el carácter acotado del planteo, vale aclarar que el análisis del tribunal de mérito resulta razonable y correcto, al tiempo que coincide con los parámetros establecidos en el precedente “**Guerra**” citado y en otros análogos, como “**Paulides**”¹⁴ y “**Mejía Uriona**”¹⁵. En efecto, las circunstancias destacadas por el *a quo* en punto a la conducta concreta de Dutra conducen a afirmar razonablemente que cometió un homicidio para procurar su impunidad respecto del robo cuya ejecución ya había comenzado: tras haber sido abordado por B. en el pasillo del segundo piso del edificio mientras se retiraba, comenzó un forcejeo entre ellos y en su marco el imputado le disparó en el tórax y en la mejilla izquierda, lo cual le provocó la muerte días después. Así, ninguna duda cabe acerca de que la reacción estuvo dirigida a concretar la fuga del lugar, neutralizando de modo terminante a una persona que ponía en riesgo esa huida; de hecho, esa acción le permitió conseguirlo. Interesa resaltar también que, como explican los jueces de mérito, los disparos se produjeron en zonas vitales y a escasa distancia de la víctima.

De tal descripción se extraen diversas conclusiones: que la muerte de B. fue producto de una acción *intencional* por parte de Dutra; que ésa fue la forma mediante la que procuró lograr su impunidad, con lo cual existe una *conexión* innegable entre el homicidio y aquella *finalidad adicional*; y que en el caso efectivamente se encuentra presente ese *plus subjetivo* exigido por la agravante en cuestión, que excede el dolo homicida contemplado en los arts. 79 y 165, CP.

Lo dicho conduce a afirmar en el caso la presencia de los requisitos típicos objetivos y subjetivos exigidos por el art. 80 inc. 7°,

14 Sentencia del 19.10.15, Sala II, jueces Morin, Bruzzone y Sarrabayrouse, registro n° 567/15.

15 Sentencia del 3.5.16, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 330/16.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNCI

CP y a concluir que la aplicación de esa figura resultó correcta, con lo cual corresponde rechazar el recurso y confirmar la sentencia impugnada en este punto, como propone el juez Huarte Petite.

e. Si bien el colega nombrado trató la constitucionalidad de esa figura *pese a que no fue planteada en el recurso* (esto, pues el juez Magariños la había declarado inconstitucional), lo cierto es que si mantuviera mi postura basada en la competencia apelada y revisora de esta cámara, que implica que en todos los casos únicamente pueden escrutarse los agravios oportuna y concretamente planteados según los términos del art. 463, CPPN (ver, por todas, la causa **“Prado”**¹⁶), podría llegar a llamarse a un quinto juez para definir el asunto dada la ausencia de una mayoría al respecto, lo cual me parece irrazonable de acuerdo con lo dicho en los puntos anteriores.

En este contexto, dejo aclarado que me remito a lo sostenido en el caso **“Sanabria y Toledo”**¹⁷, donde descarté la inconstitucionalidad del art. 80 inc. 7º, CP.

6. Luego, en punto a la inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, cabe reiterar los argumentos esbozados en los precedentes **“Giménez”**¹⁸, **“Salto”**¹⁹ y **“Medina”**²⁰, entre muchos otros.

Allí concluí que la cuestión se encuentra provisoriamente saldada en el ámbito judicial por diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en lo sustancial se han referido, de manera invariable, a este tema: **“Gómez Dávalos”** (Fallos 308:1938, del 16 de octubre de 1986), **“Gelabert”** (Fallos 311: 1209, del 7 de julio de 1987), **“Valdez”** (Fallos 311:522, del 21 de abril de 1988), **“L’Eveque”** (Fallos 311:1451, del 16 de agosto de 1988), **“Gramajo”** (Fallos 329:3680) y fundamentalmente **“Arévalo”** (causa

16 Sentencia del 1.12.16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Niño y Morin, registro n° 965/16.

17 Sentencia del 25.3.19, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 290/19.

18 Sentencia del 10.7.15, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 238/15.

19 Sentencia del 27.8.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 374/15.

20 Sentencia del 3.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 406/15.



A.558.XLVI, del 27 de mayo de 2014). Éstos muestran que la Corte Suprema ha mantenido desde 1986 hasta mayo de 2014 una línea constante, en donde se ha pronunciado por la constitucionalidad del instituto, rechazando que afecte el principio de culpabilidad, el *ne bis in idem* y la igualdad ante la ley.

Razones de economía procesal aconsejan seguir esta jurisprudencia, pese a mi opinión contraria al instituto, principalmente por el etiquetamiento que genera, sin ser necesario aquí ampliar otros fundamentos.

Por tal razón, corresponde rechazar este planteo.

7. Ahora bien, con relación a la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, la cuestión ha sido tratada en los citados fallos “**Guerra**” y “**Sanabria y Toledo**”. Tal como ocurrió en ambos, si bien la asistencia técnica planteó nominalmente la inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua y aquí su desarrollo luce un tanto escueto, lo cierto es que un análisis más profundo del recurso indica que, en realidad, cuestiona la imposibilidad de su asistido de gozar de salidas anticipadas durante la ejecución de la pena impuesta. Así surge de la lectura integral de la parte pertinente del escrito, donde se hace referencia a los conceptos de castigo cruel, inhumano y degradante, a la colisión con el fin resocializador de la pena y a una condena “sin horizonte, sin esperanza, sin futuro”. Por lo demás, al finalizar el debate el letrado había aludido al asunto aclarando que dejaba “...conceptualmente la posición teórico jurídica que tiene este defensor de que es absolutamente contrario al derecho democrático la imposición de penas por tiempos extremadamente excesivos y perpetuas...”; todo lo cual habilita la competencia de este tribunal para tratar el planteo introducido, sin perjuicio de lo dicho en el caso “**Prado**” ya citado.

Entonces, más allá del modo en que fue presentado el agravio, éste puede reconducirse a la inconstitucionalidad del art. 14, segundo





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNCI

párrafo, CP, en tanto veda la libertad condicional el delito por el que concretamente fue condenado Dutra.

Desde ese punto de vista, vuelvo a remitirme al análisis efectuado en aquellos dos precedentes. En primer lugar, en cuanto a que es posible plantear la cuestión ahora, como se hizo, o bien cuando el imputado reúna los restantes requisitos para acceder a un instituto de liberación anticipada. La CSJN en el caso “**Giménez Ibáñez**” (sentencia del 4 de julio de 2006) señaló que la pena privativa de libertad realmente perpetua lesionaba la intangibilidad de la persona humana en razón de que generaba graves trastornos de la personalidad, por lo que resultaba incompatible con la prohibición de toda especie de tormento consagrada en el art. 18, CN. Sin perjuicio de los límites y la forma en que deben leerse las sentencias del máximo tribunal del país (cfr. al respecto lo expuesto en la causa “**Habiaga**”²¹), lo cierto es que el fallo recordado muestra que las características de la pena impuesta, de acuerdo con su configuración establecida por los arts. 14, CP y 56 *bis*, ley 24.660 (según el texto vigente al momento de los hechos), genera un agravio de imposible reparación ulterior, en tanto impide al condenado conocer cuál es el horizonte de la ejecución de la pena impuesta.

Luego, recordé que el problema de la constitucionalidad de la segunda parte del art. 14, CP y el art. 56 *bis*, ley 24.660 (según los textos vigentes al momento de los hechos aquí juzgados) fue abordado en el precedente “**Salinas**”²² y reiterado en “**Casaballe Colacho**”²³ y “**Rojas Rivero**”²⁴. Allí examiné las razones que llevaron al legislador a sancionar las reglas cuestionadas, así como la opinión de la doctrina y parte de la jurisprudencia al respecto, incluida la de la CSJN y la de algunos autores en el derecho comparado.

21 Sentencia del 21.11.16, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 934/16.

22 Sentencia del 30.12.16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Días y Niño, registro n° 1049/16.

23 Sentencia del 10.8.18, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Días, registro n° 939/18.

24 Sentencia del 5.11.18, Sala II, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 1404/18.



Sobre la base de tal desarrollo concluí que, sin perjuicio del delito de que se trate, la aplicación de una pena privativa de la libertad, en el marco de la ley vigente al momento de los hechos juzgados, no puede concebirse en un régimen de ejecución que no prevea ninguna salida anticipada, sin violar el derecho a la igualdad y la resocialización; ello, en vinculación con el denominado *derecho a la esperanza*. Así, la constitucionalidad de la regla que prevé la prisión perpetua, al momento del hecho analizado, deberá mantenerse siempre que la persona privada de la libertad pueda gozar de un tratamiento adecuado y de la posibilidad de un egreso anticipado antes de agotar la pena impuesta.

Por ende, en el caso particular de Dutra el art. 14, segundo supuesto, CP (en su redacción anterior, según ley 25.892) viola el derecho a la igualdad y la resocialización ya que lo priva de un tratamiento adecuado y de la posibilidad de un egreso anticipado antes de agotar la pena impuesta; por lo tanto, resulta inconstitucional y, consecuentemente, no se aplica al presente, lo que así deberá declararse.

8. En suma, de acuerdo con los alcances de mi intervención acordada en el caso, concuerdo con el juez Huarte Petite en calificar el suceso como constitutivo del delito previsto en el art. 80 inc. 7°, CP y, por otro lado, considero que corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 50, CP y declarar la inconstitucionalidad del art. 14, segundo supuesto, CP (texto según ley 25.892). Sin costas (arts. 456, 465, 468, 469, 470, 474, 475, 530 y 531, CPPN).

El juez Horacio Días dijo:

Que adhiero en un todo a la solución que brinda al caso el voto del juez Huarte Petite, por compartir en lo sustancial sus fundamentos. Debo aclarar no obstante, dos cuestiones; en primer lugar, que si bien en lo personal sostengo que la relación concursal que media entre el homicidio finalmente conexo y “el otro delito” es de naturaleza real y





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 24687/2012/TO1/CNC1

no ideal, en este caso, actuando ya como quinto juez, y siendo una cuestión materialmente inconsecuente dada la pena fija impuesta, a los efectos de lograr una mayoría de fundamentos adhiero a la solución propuesta por el Juez citado. Lo mismo en cuanto a la declaración de reincidencia, ya que si bien no comulgo con la doctrina de la reincidencia específica, lo cierto es que en el caso el art. 50 del CP ha sido correctamente aplicado, en la medida que el causante al momento del hecho ya había cumplido pena en calidad de penado. Tal es mi voto.

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. DECLARAR PARCIALMENTE INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto, en orden a la solicitud de nulidad de los resultados obtenidos mediante las intervenciones telefónicas practicadas en este proceso, y respecto a los planteos de inconstitucionalidad de la pena de prisión perpetua, y de los artículos 12 y 50 del Código Penal (artículo 444 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia recurrida, **MODIFICAR** la calificación legal de los hechos por los que se condenó a M. N. Dutra –los cuales resultan constitutivos de los delitos de homicidio agravado por haber sido cometido para procurar la impunidad para sí, en calidad de autor, en concurso ideal con el delito de tentativa de robo agravado por el uso de un arma de fuego, éste último en calidad de coautor, y **MANTENER** la pena impuesta (artículo 54 del Código Penal, y artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

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



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

Se hace constar que los jueces Alberto Huarte Petite, Eugenio Sarrabayrouse y Horacio Días participaron de la deliberación por medios electrónicos y emitieron su voto en el sentido indicado, pero no suscriben la presente por no encontrarse en la sede del tribunal (Acordadas 3/2020, 4/2020, 7/2020 y 11/2020 de esta Cámara; cfr. Acordadas 12/2020, 14/2020 y 27/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y art. 399 *in fine* 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 al imputado–, notifíquese, comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; LEX 100) y remítase el incidente de acuerdo a las pautas sentadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Acordada 27/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

PABLO JANTUS

MARIO MAGARIÑOS

Ante mí:

GUIDO WAISBERG
SECRETARIO DE CÁMARA

