



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2417/2013/TO1

Reg. n° 495/2016

En la ciudad de Buenos Aires, a los 30 días del mes de junio del año dos mil dieciséis, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Daniel Morin, Eugenio C. Sarrabayrouse y Luis F. Niño, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto a fs. 1472/1506 en la presente causa n° CCC 2417/2013/TO1/CNC1, caratulada “_____ y otros s/ recurso de casación”, de la que **RESULTA:**

I.- En fecha 4 de agosto de 2015, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 13, resolvió -en lo que aquí compete-: ***I. CONDENAR a _____ EAI _____ (...) a la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN, cuyo cumplimiento se deja EN SUSPENSO y costas, en orden a los delitos de robo simple en grado de tentativa, en concurso real con robo simple consumado, los que a su vez concurren de forma real con el delito de robo en poblado y en banda en grado de tentativa, en calidad de co-autor penalmente responsable (artículos 29, inciso 3°, 42, 44, 45, 55, 164 y 167, inciso 2° del Código Penal). II. DISPONER, que por el término de tres años el condenado EAI cumpla con las siguientes reglas de conducta: fijar residencia y someterse al cuidado del Patronato de Liberados. (artículo 27 bis, inciso 1°, del Código Penal). III. CONDENAR a _____ ALY _____, (...), por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo en poblado y en banda en grado de tentativa, a la pena de DOS AÑOS de prisión de efectivo cumplimiento y costas (artículos 29, inciso 3°, 42, 45 y 167, inciso 2° del Código Penal). IV. IMPONER a _____ ALY _____ la PENA ÚNICA de NUEVE AÑOS y DIEZ MESES DE PRISIÓN de efectivo cumplimiento,***



*accesorias legales y el pago de las costas, comprensiva de la impuesta en el acápite anterior en la presente causa y la pena única dictada, con fecha 6 de junio de 2008, por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3, del departamento judicial de Quilmes, en el marco de la causa n° 4383, de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva a su vez, de la pena de siete años y seis meses de prisión, accesorias legales y el pago de las cotas, impuesta en esa causa y la de un año de prisión de ejecución condicional, dictada el 22/11/2007 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, en el marco de la causa n° 2672, en orden a los delitos de robo en poblado y en banda en grado de tentativa, en concurso real con robo agravado por el uso de arma, en concurso ideal con disparo de arma de fuego calificado por ser para lograr la impunidad, en concurso real con resistencia a la autoridad, en concurso real con el delito de robo simple en grado de tentativa, reiterado en tres oportunidades (artículos 12, 29 inciso 3° y 58 del Código Penal). V. **REVOCAR** la libertad condicional otorgada a _____**ALY**_____, con fecha 15/08/2012 por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 1 del departamento judicial de Quilmes, en el marco de la causa n° 4383 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 departamental. VI. **RECHAZAR** el planteo de inconstitucionalidad introducido por la defensa oficial, respecto del artículo 50 del Código Penal. VII. **DECLARAR REINCIDENTE** a _____**ALY**_____, conforme lo normado por el artículo 50 del Código Penal. VIII. **CONDENAR** a _____**PJS**_____ ó _____ (...) por considerarlo autor penalmente responsable del delito de robo en poblado y en banda en grado de tentativa, en concurso real con hurto en grado de tentativa, a la pena de **DOS AÑOS y UN MES de prisión de efectivo cumplimiento y costas** (artículos 29, inciso 3°, 42, 45, 162 y 167, inciso 2° del Código Penal de la Nación). IX. **DECLARAR***





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2417/2013/TOI

NUEVAMENTE REINCIDENTE a _____ PJS _____, conforme lo normado por el artículo 50 del Código Penal....”.

Los fundamentos de estas condenas fueron dados el 11 de agosto del 2016 (ver. fs. 1450/1468).

II. - A fs. 1472/1506, el Defensor Oficial Coadyudante, Javier Aníbal Ibarra, interpuso recurso de casación y de inconstitucionalidad contra los puntos dispositivos de la mencionada resolución que hacían referencia a sus asistidos EAI, , _____ PJS _____, el que fue concedido por el *a quo* (cfr. fs. 1507/1509) y debidamente mantenido en esta instancia (cfr. fs. 1512).

La parte entendió que la sentencia carecía de una fundamentación adecuada en relación a la acreditación del hecho acontecido el 16 de diciembre de 2013, toda vez que el Tribunal había acreditado el mencionado suceso en base al testimonio del damnificado Pablo PR, que fue incorporado por lectura al debate con oposición de la defensa. En esta línea, refirió que se había conculcado la garantía de defensa en juicio, en atención a que la parte no pudo ejercer un control efectivo de la verosimilitud del relato que constituyó la prueba dirimente para asignarles responsabilidad a sus asistidos.

Asimismo, se agravio de la asignación jurídica escogida -robo agravado por haberse cometido en poblado y en banda, en grado de tentativa-, en cuanto refirió que la mera pluralidad de personas intervinientes en un suceso no calificaba al grupo como una banda, ya que además debía existir un grado de organización o distribución de roles en su accionar; requisito que no se presentaba en el presente caso. En esta línea, manifestó que el hecho debía calificarse como



robo simple.

Indicó que las penas que se fijaron carecían de fundamento, ya que el *a quo* no había evaluado razonablemente las circunstancias atenuantes y la actitud procesal positiva de los imputados al momento de mensurarlas.

Por último, solicitó que se declare la inconstitucional del art. 14, CP por resultar violatoria de los principios de igualdad ante la ley, culpabilidad y de resocialización de la pena (arts. 16, 18 y 19 de la Constitución Nacional, 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), como así también de la garantía del *ne bis in ídem* (arts. 33 de la Constitución Nacional y 14.7 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos).

III. - El 17 de septiembre del 2015, se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal y sus integrantes decidieron otorgarle al recurso de casación interpuesto el trámite del art. 465, CPPN (cfr. fs. 1514).

IV. - En el término de oficina, previsto por los arts. 465 -cuarto párrafo- y 466, CPPN, se presentó Mariano Patricio Maciel, Defensor Público Oficial de la Unidad de Actuación n° 2 ante esta Cámara, en representación de EAI, ALY y PJS, quien reprodujo los agravios plasmados en el recurso de casación e inconstitucionalidad del art. 50, CP y amplió los aspectos que consideró relevantes para sostener las críticas dirigidas contra el fallo cuestionado (cfr. fs. 1518/1529vta.).

Asimismo, introdujo los siguientes agravios nuevos.

En primer lugar, indicó que las unificaciones de penas impuestas a sus asistidos ALY y PJS resultaban arbitrarias, ya que el Tribunal se había apartado de las pautas establecidas por los arts.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2417/2013/TO1

40 y 41, CP e indicó que los montos de penas que se fijaron eran contrarios al fin resocializador de la pena.

A su vez refirió que, si bien los jueces aplicaron al caso el método compositivo de unificación de penas, la disminución había sido exigua en función de los montos en juego. Así, relató que a su asistido ALY se le impuso una pena única de 9 años y 10 meses de prisión, cuando el máximo eran 10 años de prisión.

Por otro lado, sostuvo que el instituto de la reincidencia además de ser inconstitucional, resultaba inaplicable a los imputados ALY y PJS, ya que de las constancias de la causa no se desprende dato alguno respecto del avance que sus asistidos alcanzaron en sus anteriores condenas dentro del régimen progresivo.

V.- En fecha 4 de abril del corriente año, a pedido de la parte, se tuvo por desistido el recurso de casación interpuesto por la defensa letrada de Daniel Alberto Luna (fs. 1594).

VI. - El 1° de junio de 2015 se celebró la audiencia prevista por el art. 468 en función del 465, CPPN, a la que comparecieron el defensor oficial ante esta instancia, Mariano P. Maciel, y su asistido ALY, de lo cual se dejó constancia en el acta de fs. 1685.

En esta oportunidad, el letrado sostuvo el recurso interpuesto y planteó los mismos cuestionamientos plasmados tanto en el recurso como en la presentación realizada en término de oficina.

Efectuada la deliberación establecida en el art. 468, y conforme lo allí decidido, el tribunal resolvió del siguiente modo.

Y CONSIDERANDO:

El juez Morin dijo:

1.- Los jueces del tribunal *a quo* tuvieron por probado -en lo que aquí resulta materia de agravio- el hecho identificado con el número "III", que fue calificado como robo agravado por haber sido



cometido en poblado y en banda, en grado de tentativa, por el cual _____EAI, _____ALY y _____PJS_____ fueron condenados.

El suceso fue descrito de la siguiente manera: "...

_____EAI, _____ALY y _____PJS
-junto con otro individuo no identificado-, intentaron sustraer una mochila propiedad de _____PR_____, alrededor de las 7.40 horas del día 16 de diciembre de 2013, en la intersección de las calles O'Brien y Lima, de esta ciudad.

Así que, en las circunstancias mencionadas y mientras el damnificado se encontraba transitando por las arterias consignadas, se le acercó un sujeto que vestía una remera negra y bermudas de jean color azul, preguntándole respecto de una dirección; luego de lo que se presentaron otros tres individuos de sexo masculino -PJS, EAI y ALY- los que se abalanzaron sobre PR, tirándolo a la acera, a resultas de lo que se le rompió su remera, para luego comenzar a propinarle golpes de puño e intentar sustraerle la mochila que llevaba consigo, causándole al nombrado con dicho accionar distintas lesiones; a saber una lesión equimótica en región anterior al cuello y lesión excoriativa en cara anterior al cuello y en cara anterior de la pierna derecha.

Que ante la resistencia ejercida por PR, los agresores no lograron su cometido, por lo que intentaron darse a la fuga, siendo aprovechado por aquél, que había observado a un grupo de policías que se hallaban en las inmediaciones, para dar cuenta de las novedades, por lo que junto con los integrantes de la policía metropolitana Hernán Darío Núñez y Gonzalo Ezequiel Rodríguez, transitaron por la calle Lima, en dirección a la calle O'Brien de ese medio, oportunidad en la que PR señaló a dos sujetos que se hallaban sentados en el umbral de la persiana de un inmueble, como aquellos que momentos antes habían intentado robarle, siendo que





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2417/2013/TO1

uno de ellos vestía una camiseta del equipo de futbol 'Estudiantes' -PJS-, mientras que el otro vestía una camisa a cuadros -ALY-. Al acercarse un poco más y cruzando la calle Salta, el damnificado logró observar a los otros dos sujetos que habían intervenido, uno de ellos vestido con una camiseta de color azul y roja presuntamente del equipo de futbol 'Barcelona' o 'San Lorenzo' -EAI- y el cuarto sujeto vestido con ropas oscuras.

Por último que el oficial Núñez se quedó con los dos primeros, mientras que el preventor Rodríguez intentó hacer lo propio con los dos restantes, logrando aprehender sólo al que vestía la camiseta azul y roja, pero no al otro que logró darse a la fuga..."

Cabe aclarar que los hechos "I", "II" y "IV" -que también fueron tenidos por probados en la resolución en crisis- no son materia de análisis del presente decisorio, ya que, tal como manifestó la defensa, los propios imputados admitieron su responsabilidad en ellos.

2.- Así, los jueces del tribunal tuvieron por acreditado el hecho "III" sobre la base de los siguientes elementos probatorios:

a.- Declaración testimonial del denunciante, _____PR_____ (fs. 403/404), que fuera incorporado al debate por lectura. Los jueces valoraron que el nombrado había dado aviso sobre la existencia del hecho y sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo rodearon. Asimismo, tuvieron en cuenta la precisión con la que pudo identificar a los detenidos, a los que individualizó por la vestimenta que llevaban, y el rol que había cumplido cada uno de ellos;

b.- El croquis que realizara PR, en relación al hecho que denunció (fs. 414);

c.- El informe médico legal del nombrado, en el que se asentó la existencia de lesiones equimóticas en región anterior del cuello y excoriativa en cara anterior en la pierna derecha en su tercio medio por roce o choque sobre superficie dura, con una data estimada



dentro de las 6 horas y con una proyección curativa de unos 15 o 20 días, salvo complicaciones (fs. 415);

d.- Una fotografía de la remera rota del denunciante (fs. 423);

e.- Las declaraciones de Gonzalo Ezequiel Rodríguez y Hernán Darío Núñez, personal policial de la Policía Metropolitana, quienes relataron las circunstancias que rodearon al pedido de auxilio de ___PR___ y las funciones que cumplieron en relación al procedimiento de detención de los imputados;

f.- El croquis materializado por el agente policial Gonzalo Ezequiel Rodríguez, en el que se señaló la posición de los tres imputados al momento de detenerlos (fs. 410);

g.- Las actas relativas a la detención y lectura de derechos de los tres acusados (fs. 405, 406, 407, 416/417, 418/419 y 426/427), llevadas a cabo ante los testigos Daniel Cabral PJS –cuya declaración fue incorporada por lectura al debate- y María del Carmen Caroquienes; y

h.- Las grabaciones del Centro de Monitoreo Urbano, en relación a las circunstancias que rodearon al hecho, cuya certificación de recepción del DVD obra a fs. 571

3.- Tal decisión motivó la presentación del recurso de casación, a través del cual se realizaron distintas críticas a la sentencia referida que serán analizadas a continuación.

En primer lugar, la parte recurrente se agravió de que el *a quo* acreditó el hecho “III” sobre la base de la declaración testimonial que el denunciante Pablo PR había prestado en sede de instrucción, que fue incorporada por lectura al debate, a pedido del fiscal y con oposición de la defensa.

En esta línea, entendió que la exposición que había realizado PR en sede policial, y que posteriormente fue ratificada





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2417/2013/TO1

en sede judicial, era el único elemento de cargo que fundamentó las condenas contra sus asistidos, ya que los demás elementos probatorios que fueron tenidos en cuenta no aportaron ningún elemento nuevo sobre el hecho, sino que giraron en torno al relato del nombrado.

Asimismo, el recurrente manifestó que se había violentado la garantía de defensa en juicio, ya que no había tenido la oportunidad de ejercer un control efectivo sobre la verosimilitud del relato, a la vez que se habían conculcado las garantías de inmediación, publicidad y contradictorio que debían regir la etapa de juicio oral, ya que dicho testimonio no resultaba ser el fiel reflejo de lo que PR había relatado al momento de prestar declaración, sino que mediaba la interpretación que había realizado la persona que se la recibió.

En virtud de ello, la defensa solicitó que se declare la nulidad del debate y, conforme a los principios de preclusión, progresividad y *ne bis in ídem*, se absuelva a sus asistidos en relación al hecho acontecido el 16 de diciembre de 2013.

En relación al presente agravio, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 13 refirió que *"...no [podía] prescindirse de la exposición que realizara _____PR_____ durante la instrucción (fs. 496), ya que ante la imposibilidad de lograr su convocatoria en el juicio, ha correspondido su incorporación por lectura en el sentido indicado por el señor Fiscal General, debido a que no sólo había sido realizada en la etapa judicial de instrucción, luego de la indagatoria de los imputados e, incluso, al final del decisorio de fs. 476/481 (punto IV), por lo que la defensa tuvo en todo momento la real posibilidad de controlar la prueba (fue notificada a fs. 481 y la declaración se cumplió a fs. 496) y de realizar los cuestionamientos que hubieran entendido interesantes, lo que no lo asimila al precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: 'Benítez' aludido por la defensa que resulta extraño a la temática de autos (Cfrme. art. 391, inciso 3°, del Código Procesal Penal)..."*. A su vez,



agregó que, mediante los demás elementos probatorios que se produjeron en el debate -que fueron detallados en el punto que antecede- había sido posible demostrar la intervención de los acusados en el hecho.

Ahora bien, la particularidad de la valoración del testimonio de ___PR___radica en que, como se dijo, fue incorporado por lectura al debate.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ya se ha pronunciado en el fallo “Benítez”¹ respecto de la posibilidad de valorar estos testimonios, en el sentido de que el “procedimiento de ‘incorporación por lectura’ (...) *bajo ciertas condiciones* bien puede resultar admisible” (sin bastardilla el original).

De tal modo, el máximo tribunal ha convalidado la constitucionalidad del procedimiento previsto en el art. 391, CPPN.

Empero, ha supeditado la utilización de los testimonios incorporados al juicio mediante tal procedimiento al cumplimiento de una *doble condición*, que deberá evaluarse caso por caso por los tribunales.

El primer recaudo es que la defensa debe tener “la posibilidad de controlar (la) prueba”, pues, sin tal oportunidad se produce una lesión al derecho de defensa y, en consecuencia, al debido proceso. Concretamente, la Corte expuso que “el derecho de examinación exige que el imputado haya tenido una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra”, destacando que “lo que se debe garantizar es que al utilizar tales declaraciones como prueba se respete el derecho de defensa del acusado”. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido que si la condena del imputado está basada solamente, o principalmente, “en la declaración de un testigo que el acusado no ha

¹ Fallos: 329:5556.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2417/2013/TO1

podido interrogar en ninguna etapa del procedimiento”, entonces sus derechos de defensa han sido indebidamente restringidos².

La segunda condición radica en que el tribunal de juicio no puede fundar la sentencia de condena “en prueba de cargo decisiva que la defensa no tuvo oportunidad adecuada de controlar, en desmedro del derecho consagrado por los arts. 8.2. f, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.3.e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”. En el precedente en cuestión se sostuvo que “resultaba más que razonable que la defensa reclamara la posibilidad de interrogar ante los jueces del debate, al menos (...a los testigos que) constituían la base principal de la acusación”. Es decir, el testimonio incorporado por lectura no puede erigirse como la única prueba de cargo que sustenta la condena.

Aclarado ello, corresponde analizar si en el caso concreto se verifica la doble condición a la que aludió la Corte Suprema.

En primer lugar, se advierte que la defensa tuvo la posibilidad de controlar la prueba que fue incorporada por lectura al debate. Si bien la parte no estuvo presente en la declaración testimonial del denunciante en sede de instrucción, lo cierto es que estuvo notificada -de forma personal- de tal citación, ya que se fijó en el auto que dispuso la falta de mérito de los incusos (fs. 476/481) y en virtud de ello, tuvo la oportunidad de concurrir a la audiencia e interrogar al testigo.

Resta considerar, entonces, si el testimonio incorporado por lectura constituye o no la única prueba de cargo que sustenta las condenas.

²“If the conviction of a defendant is solely or mainly based on evidence provided by witnesses whom the accused is unable to question at any stage of the proceedings, his defence rights are unduly restricted” (Cfr. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las causas “Unterpertinger v. Austria”, del 24/11/1986 y “Al-Khawaja amd Tahery v. The United Kingdom Judgment”, del 9/11/11.



Analizados los elementos probatorios que fueron valorados por el *a quo* para acreditar el hecho acontecido el 16 de diciembre de 2013, se advierte que la declaración testimonial de Pablo

PR -incorporada por lectura- fue el fundamento dirimente de la imputación dirigida contra EAI, ALY y PJS.

En este sentido, el propio Tribunal indicó que la acreditación de los hechos “...[surgía] con meridiana claridad de la exposición del damnificado _____PR_____ (fs. 403/404) quien dio cuenta de la existencia del hecho y de todos los datos vinculados con las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo rodearon, así como también cómo fue increpado primero por un sujeto y luego por el resto, con el objeto de desposeerlo de su mochila, resultando lesionado durante el evento debido a los golpes recibidos por los imputados.

Así, ha resultado de utilidad el detalle con el que PR expusiera el hecho y el señalamiento prácticamente inmediato de los autores del mismo que aún se encontraban en las inmediaciones, con que se adiciona al diagrama efectuado por el personal policial que fuera convocado momentos después y que permitiera corroborar que los malhechores aún se hallaban en las inmediaciones...”.

De la mencionada cita, se advierte que los jueces de cámara le asignaron un valor determinante a la declaración que ___PR___prestó en la etapa de instrucción.

Pero, lo que resulta más importante es que los demás elementos probatorios que fueron tenidos en cuenta en la sentencia tienen como único hilo conductor el relato del denunciante.

En este sentido, los jueces valoraron las declaraciones del personal policial de la Policía Metropolitana, Gonzalo Ezequiel Rodríguez y Hernán Darío Núñez, quienes *no presenciaron el hecho*, sino que intervinieron a requerimiento de PR y procedieron a la detención de los imputados, una vez que este los identificara como





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2417/2013/TO1

autores del hecho ilícito. A su vez, tomaron en consideración las declaraciones de los testigos del procedimiento, Daniel Cabral PJS -cuyo relato se incorporó también por lectura- y María del Carmen Caro, quienes *tampoco presenciaron el hecho delictivo*.

Asimismo, tomaron en cuenta el croquis que realizara el denunciante, en relación al hecho que denunció (fs. 414), el informe médico legal, en el que se dejó asentado las lesiones que sufriera (fs. 415), una fotografía de la remera que vestía el nombrado en el día de los hechos (fs. 423), el croquis que realizó el agente Rodríguez, en el que se señaló la posición de los tres imputados al momento de detenerlos (fs. 410), las actas relativas a la detención y lectura de derechos de los tres acusados (fs. 405, 406, 407, 416/417, 418/419 y 426/427) y las grabaciones del Centro de Monitoreo Urbano, que *no captaron las imágenes del hecho, narrado por el denunciante*.

De este modo, se advierte que la versión de Pablo PR -que no ha podido ser oído como testigo de juicio- resulta el único elemento en el cual se apoya la atribución de responsabilidad dirigida a los imputados y que permite conectar con los demás elementos para tener por probado el hecho, ya que, por un lado, los testigos que declararon en la audiencia de debate no presenciaron directamente el hecho delictivo, sino que participaron en la detención de los imputados o bien, observaron ese procedimiento, mientras que el restante material probatorio tampoco brinda algún dato esclarecedor sobre el ilícito.

No escapa de este análisis que el tribunal desechó la versión que dio el imputado ALY sobre los hechos. El nombrado indicó que ___PR___ lo había invitado a tener relaciones sexuales, cuando estaba acompañado de un menor de edad. Aclaró que esa situación lo había enojado tanto que procedió a golpearlo, que PJS e EAI se habían acercado al lugar para defenderlo y que ninguno de ellos había intentado sustraerle la mochila a PR.



En este contexto, debieron haber sido analizadas las versiones brindadas por el imputado y el denunciante, ya que resultan contrapuestas entre sí.

En estas circunstancias, lo único que se puede tener por probado es que existió un altercado con las personas intervinientes en el suceso, pero no se puede acreditar -con el grado de certeza que se requiere- que los imputados EAI, ALY y PJS hayan querido desapoderar al nombrado PR de su mochila, máxime cuando tampoco se secuestró ese objeto.

En este sentido, habría resultado de vital importancia haber contado con la declaración del denunciante en el debate, ya que -como se dijo anteriormente- se trata de una cuestión de dichos contra dichos. De ello se desprende la necesidad de confrontarlos y ante dicha omisión, la consecuente afectación al derecho de defensa de los imputados.

En estas condiciones, se advierte que la incorporación por lectura de la declaración testimonial de ___PR___ no satisface el cumplimiento del estándar sentado por la Corte en el caso “Benítez”.

Es que, si bien la defensa tuvo la oportunidad de controlar la prueba de cargo, lo cierto es que si se prescinde de tal testimonio, el resto de los elementos de prueba valorados por el tribunal no permiten afirmar la culpabilidad de los encartados en el marco del delito de robo agravado en poblado y en banda, en grado de tentativa, con la certeza que todo pronunciamiento de condena exige.

En virtud de lo expuesto, entiendo que corresponde hacer lugar al planteo de la defensa, casar parcialmente la resolución impugnada en lo que a la atribución de responsabilidad de EAI, PJS y ALY concierne, y absolver a los nombrados en virtud de lo establecido en el art. 3, CPPN.

4.- Esta solución torna inoficioso el tratamiento de los demás agravios efectuados por la parte recurrente, a excepción del





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2417/2013/TO1

planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia y del agravio introducido por la defensa en el término de oficina, en atención a la inaplicabilidad del mencionado instituto a PJS. Cabe aclarar que, si bien se absolvió al nombrado en relación al hecho “III”, aún subsiste la responsabilidad que se le atribuyó al imputado por el hecho “IV” y, consecuentemente, su declaración de reincidencia.

En relación al planteo de inconstitucionalidad del art. 50, CP, el *a quo* señaló que la parte no había brindado nuevas razones que permitan analizar la cuestión desde una óptica diferente, o al menos no tratada en lo múltiples antecedentes de la Corte Suprema. Asimismo, indicó que no se iba a pronunciar sobre la inconstitucionalidad del art. 14, CP, toda vez que ese agravio no resultaba actual. De esta forma, indicó que se iba a tener en cuenta al momento en que se solicite algún beneficio que el instituto no habilite.

En este sentido, tal como sostuve en los precedentes “Sarno³”, “Medina⁴”, “García⁵”, entre otros, nuestro máximo tribunal ya se ha pronunciado sobre la cuestión jurídica a resolver en este asunto, pues en el precedente “Arévalo” ratificó la constitucionalidad de la reincidencia por remisión a la doctrina permanente de la Corte explicitada en “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938), “L’ Eveque” (Fallos: 311:1451) y “Gramajo” (Fallos: 329:3680), aún después de que adquirieran rango constitucional las reglas establecidas en el art. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP. Ello va dicho sin perjuicio de que la defensa en su presentación no se hizo cargo de que el agravio relativo a la regla prevista en el art. 14, CP, tal como lo sostuvo el *a quo*, no es actual. De esta forma, la defensa en su recurso se limitó a reeditar la cuestión, sin si quiera intentar rebatir los argumentos que brindó el tribunal en torno a la actualidad del planteo. En este sentido,

³ “Sarno, Cristóbal Fayek s/ recurso de casación”, n° 49.723/2013, rta. 8/10/2015, reg. 535/2015.

⁴ “Medina, Lucas y otros s/ robo agravado”, n° 17733/2012, rta. 3/9/2015, reg. 406/2015.

⁵ “García, Oscar Efraín s/ recurso de casación”, n° 19.979/2008, rta. 18/9/15, reg. 471/2015.



no se dará tratamiento al agravio relativo a la inconstitucionalidad del art. 14, CP, en atención a que carece de fundamentación suficiente.

Por último, no corresponde tratar el agravio introducido por la defensa en el término de oficina, en atención a la inaplicabilidad de la declaración de reincidencia del nombrado PJS (punto IX de la resolución de referencia), en base a los argumentos que desarrollé en los precedentes “Medina⁶” y “Urrutia”⁷, entre otros, de esta Cámara, a los que me remito por cuestiones de brevedad.

5.- En virtud de las consideraciones efectuadas, propongo al acuerdo: **I.- HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por el recurrente, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia puesta en crisis y **ABSOLVER** a _____ **EAI**, _____ **ALY** y _____ **PJS**, en relación al hecho “III” de la resolución de referencia, calificado como robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda, en grado de tentativa, **SIN COSTAS** en atención al resultado favorable para la defensa al que se arriba. (arts. 3, 456, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación). **II.-** En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTO** la pena única impuesta a Ariel L. ALY de 9 años y 10 meses de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y el pago de las costas, comprensiva de la impuesta por el *a quo* y la pena única dictada, con fecha 6 de junio de 2008, por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3, del departamento judicial de Quilmes, en el marco de la causa n° 4383, de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva a su vez, de la pena de siete años y seis meses de prisión, accesorias legales y el pago de las cotas, impuesta en esa causa y la de un año de prisión de ejecución condicional, dictada el 22/11/2007 por el

⁶ “Medina, Lucas y otros s/ robo agravado”, n° 17733/23, rta. 3/9/15, reg. n° 406/15.

⁷ “Urrutia Valencia, Marcelo Alejandro s/ robo agravado por arma de utilería en tentativa”, n° 38884/14, rta. n° 38884/14, rta. 3/9/15, reg. n° 414/15, entre otros.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2417/2013/TO1

Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, en el marco de la causa n° 2672, en orden a los delitos de robo en poblado y en banda en grado de tentativa, en concurso real con robo agravado por el uso de arma, en concurso ideal con disparo de arma de fuego calificado por ser para lograr la impunidad, en concurso real con resistencia a la autoridad, en concurso real con el delito de robo simple en grado de tentativa, reiterado en tres oportunidades (artículos 12, 29 inciso 3° y 58 del Código Penal). A su vez, corresponde **DEJAR SIN EFECTO la revocación de la libertad condicional otorgada al nombrado ALY,** con fecha 15/08/2012 por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 1 del departamento judicial de Quilmes, en el marco de la causa n° 4383 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 departamental **y la declaración de reincidencia. III.- RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto en los restantes agravios que motivaron la impugnación. **IV.- REMITIR las presentes actuaciones al tribunal de origen con carácter urgente,** a fin de que se **disponga lo pertinente con relación a la libertad de Ariel L. ALY y se fije una nueva pena** en relación con los imputados **EAI** -en atención a los hechos I y II- y **PJS** -en relación con el hecho IV-.

El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:

1. Adherimos en lo sustancial al voto del juez Morin.

La valoración de la prueba efectuada por el tribunal *a quo* se basó en la declaración de Pablo PR, prestada en la instrucción e incorporada por lectura al debate (pese a la oposición de la defensa), sin que ésta tuviera oportunidad útil de confrontarla. En este sentido, la versión del hecho brindada por ALY, diametralmente opuesta a la de PR, exigía el cotejo de ambas durante el debate oral y público. De esta manera, sin aquella declaración, la hipótesis acusatoria pierde sustento y queda en un pie de igualdad con la expuesta por la defensa e impide afirmar que aquélla *está probada*



más allá de toda duda razonable, según lo hemos establecido en otros precedentes.

2. Lo dicho conduce a la absolución de EAI, ALY y PJS por el hecho denominado III. Asimismo, y por imperio del art. 473, CPPN, en el caso de ALY debe cesar su detención en este proceso, la que deberá ser dispuesta por el tribunal *a quo* en la medida que la misma no interese en otra causa. Con respecto a PJS, atento la excarcelación que se le otorgó (ver certificación de fs. 1686), nada corresponde resolver al respecto.

3. Tal como señala el juez Morin, la solución del caso torna inoficioso el tratamiento de los restantes agravios planteados por la recurrente. En cuanto a la mensuración y unificación de penas, con respecto a EAI (condenado por los hechos I y II) y PJS (condenado por el hecho IV) corresponde remitir las actuaciones para que un nuevo tribunal proceda a fijar las penas pertinentes.

4. En cuanto a la inconstitucionalidad de la agravación de la pena por reincidencia (art. 50, CP), sólo corresponde el tratamiento del agravio introducido por la defensa en el término de oficina, pues en el caso de ALY, únicamente había sido condenado por el hecho III, por el cual ha sido absuelto.

En cuanto a la situación de PJS y el planteo efectuado en el plazo previsto por el art. 466, CPPN, debe analizarse el mismo, pues en el recurso de casación interpuesto por el condenado, se trata, en definitiva, de revisar los *agravios verosímiles* (cfr. las sentencias en los casos “**Castañeda Chávez**”⁸ y “**Briones**”⁹).

5. El tribunal *a quo* consideró a PJS reincidente porque el hecho IV había sido cometido con posterioridad al cumplimiento de la pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 12 (sentencia del 2.09.2009). De esta manera, “...no hay duda en cuanto a que se

⁸ Registro n° 670/15, sentencia del 18.11.2015, Sala II, jueces Bruzzone, Morin y Sarrabayrouse.

⁹ Registro n° 580/15, sentencia del 23.10.2015, Sala III, jueces Jantus, Garrigós de Rébora y Sarrabayrouse;





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2417/2013/TO1

impone declarar nuevamente su reincidencia, que cumplió cierto tiempo como condenado, ya que mientras se hallaba detenido se le dio intervención a ejecución, el 11 de septiembre de 2009, para que controlara la pena cuyo vencimiento operaba el 26 de noviembre de 2010; sin que hubiera transcurrido el plazo previsto en el artículo 50 del Código penal...” (cfr. fs. 146 vta., punto b).

Sobre las condiciones objetivas que tuvo en cuenta el tribunal de juicio para declarar reincidente a PJS, se advierte una evidente ausencia de fundamentación de la sentencia, pues no se han mencionado datos relativos a constatar la firmeza del fallo -de la que podría desprenderse la adquisición de la calidad de condenado- y sólo se aludió a que el imputado fue pasible de una pena privativa de libertad anterior, pero sin analizar la evolución en el sistema de progresividad del interno, qué etapa alcanzó en él para llegar a tal conclusión o si accedió a un instituto de libertad anticipada, pautas que hemos fijado a partir del precedente “Salto”¹⁰.

En consecuencia, corresponde reenviar las actuaciones a la instancia anterior a fin de que se dicte un pronunciamiento fundado en los términos del art. 123, CPPN.

El juez Luis Fernando Niño dijo:

1. Comparto los fundamentos plasmados por el juez Morin y, consecuentemente, la solución que propone, en lo que respecta al punto 5, apartados I, II y IV de su voto.

2. Sin perjuicio de dejar a salvo mi postura respecto de la inconstitucionalidad del art. 50, CP¹¹, considero que, en el presente caso, asiste razón a la defensa al mencionar la falta de fundamentos

¹⁰ Registro n° 374/15, sentencia del 27.08.2015, Sala II, jueces Bruzzzone, Morin y Sarrabayrouse.

¹¹ Causa n° 31507/2014, “Cajal, Hugo Ernesto s/ robo” (registro 351/2015, rta. 14/8/2015). Allí se hace remisión, a su vez, al precedente “Obredor”, también de esta Cámara de Casación (registro n° 312/2015, rta. 4/8/2015).



del *a quo* al momento de explicar los motivos por los cuales declaró reincidente a _____PJS_____o PJS.

En este sentido, la sola expresión efectuada, en base a las constancias de la causa, acerca de que el imputado ha cumplido pena privativa de la libertad como condenado por la última sanción que se le impusiera, sin ningún tipo de análisis ni valoración respecto del tiempo en que el causante permaneció privado de su libertad en calidad de condenado, así como del lapso durante el cual habría recibido, de manera efectiva, tratamiento penitenciario, no es un argumento suficiente para motivar la declaración de reincidencia, a tenor de lo dispuesto en el art. 123 del CPPN.

Con tales particularidades, adhiero, en este punto, a la solución propuesta por el colega Sarrabayrouse en su voto.

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

I.- Por unanimidad, **HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por el recurrente, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia puesta en crisis y **ABSOLVER** a _____**EAI**, _____**ALY** y _____**PJS**, en relación al hecho “III” de la resolución de referencia, calificado como robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda, en grado de tentativa, **SIN COSTAS** en atención al resultado favorable para la defensa al que se arriba. (arts. 3, 456, 469, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II.- Por unanimidad, **DEJAR SIN EFECTO** la pena única impuesta a Ariel L. ALY de 9 años y 10 meses de prisión de efectivo cumplimiento, accesorias legales y el pago de las costas, comprensiva de la impuesta por el *a quo* y la pena única dictada, con fecha 6 de junio de 2008, por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3, del





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2417/2013/TO1

departamento judicial de Quilmes, en el marco de la causa n° 4383, de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva a su vez, de la pena de siete años y seis meses de prisión, accesorias legales y el pago de las cotas, impuesta en esa causa y la de un año de prisión de ejecución condicional, dictada el 22/11/2007 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 20, en el marco de la causa n° 2672, en orden a los delitos de robo en poblado y en banda en grado de tentativa, en concurso real con robo agravado por el uso de arma, en concurso ideal con disparo de arma de fuego calificado por ser para lograr la impunidad, en concurso real con resistencia a la autoridad, en concurso real con el delito de robo simple en grado de tentativa, reiterado en tres oportunidades (artículos 12, 29 inciso 3° y 58 del Código Penal). A su vez, corresponde **DEJAR SIN EFECTO la revocación de la libertad condicional otorgada al nombrado ALY**, con fecha 15/08/2012 por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 1 del departamento judicial de Quilmes, en el marco de la causa n° 4383 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 departamental **y la declaración de reincidencia.**

III.- Por mayoría, **ANULAR** el punto IX de la resolución puesta en crisis, en cuanto se dispuso declarar nuevamente reincidente a _____PJS_____o Roberto Damián **PJS**, conforme lo normado por el artículo 50 del Código Penal, y **REENVIAR** las actuaciones a la instancia anterior a fin de que se dicte un pronunciamiento fundado en los términos del art. 123, CPPN.

IV.- RECHAZAR el recurso de casación interpuesto en los restantes agravios que motivaron la impugnación.

V.- REMITIR las presentes actuaciones al tribunal de origen con carácter urgente, a fin de que se disponga lo pertinente con relación a la libertad de Ariel L. ALY y se fije una nueva



pena en relación con los imputados **EAI** -en atención a los hechos I y II- y **PJS** -en relación con el hecho IV-.

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; Lex 100), y atento a la hora en que se suscribe la presente sentencia (16 hs.), remítase a primera hora de la mañana al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota.

EUGENIO
SARRABAYROUSE

LUIS F. NIÑO

DANIEL MORIN

Ante mí:

PAULA GORS
Secretaria de Cámara





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 2417/2013/TO1

