

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

Reg. n° 605/2016

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 12 días del mes de agosto de 2016, 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 Horacio Días, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos a fs. 1659/1696, 1697/1738 y 1741/1748 en este proceso n° CCC 14999/2013/TO1/CNC3, caratulado “Ullua, Leandro Sebastián, Escobar, Jonathan Ricardo y Guantay, Darío Alberto s/robo de automotor con armas”, del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 14 de esta ciudad, por sentencia del 20 de abril de 2015, cuyos fundamentos fueron dados a conocer el día 27 de abril siguiente, resolvió, en lo que aquí interesa: 1) Condenar a Darío Alberto Guantay a la pena de diez años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar coautor del delito de robo agravado por haber sido cometido mediante la utilización de armas de fuego, reiterado en dos oportunidades -hechos I y II-, en concurso real con portación de armas de guerra sin la debida autorización legal -hecho III-, por el que deberá responder en calidad de autor (arts. 12, 29 inc. 3°, 45, 55, 166 inc. 2°, segundo párrafo, 189 *bis* inc. 2°, cuarto párrafo, del C.P.). 2) Por mayoría, condenar a Darío Alberto Guantay a la pena única de veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la mencionada anteriormente y de la pena única de dieciocho años y nueve meses de prisión, accesorias legales y costas, impuesta el 1° de julio de 2008 por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 17, en el marco de la causa n° 2800 (arts. 55 y 58 del C.P.). 3) Declarar reincidente a Darío Alberto Guantay en virtud de la condena impuesta el 1° de julio de 2008, por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 17, en la causa n° 2800, en la que se fijó como fecha de vencimiento el día 14 de diciembre de 2017 (art. 50 del C.P.). 4) Revocar la libertad condicional otorgada a Darío Alberto Guantay, el día 24 de noviembre de 2011, por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 3, en el marco del legajo n° 124.861 (art. 15 del C.P.).

5) Condenar a Leandro Sebastián Ullua a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar coautor del delito de robo agravado por haber sido cometido mediante la utilización de armas de fuego, reiterado en dos oportunidades -hechos I y II-, en concurso real con portación de armas de guerra sin la debida autorización legal -hecho III-, por el que deberá responder en calidad de autor (arts. 12, 29 inc. 3º, 45, 55, 166 inc. 2º, segundo párrafo, 189 *bis* inc. 2º, cuarto párrafo, del C.P.). 6) Condenar a Jonathan Ricardo Escobar a la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar coautor del delito de robo agravado por haber sido cometido mediante la utilización de armas de fuego, reiterado en dos oportunidades -hechos I y II-, en concurso real entre sí (arts. 12, 29 inc. 3º, 45, 55, 166 inc. 2º, segundo párrafo, del C.P.).

II. Contra esa resolución, la defensa de Darío Alberto Guantay y de Jonathan Ricardo Escobar interpuso recurso de casación (fs. 1659/1696), así como la defensa de Leandro Sebastián Ullua (fs. 1697/1738). Asimismo, Darío Alberto Guantay interpuso un recurso *in pauperis* (fs. 1741/1748). Las impugnaciones fueron concedidas a fs. 1758, y mantenidas a fs. 1771 por la defensa de Ullua, a fs. 1773 por la defensa de Guantay y Escobar, a fs. 1775 personalmente por Guantay, y a fs. 1776 personalmente por Escobar.

III. Con fecha 19 de junio del corriente se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuyos integrantes decidieron otorgarle al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 1779), pese a que fue mantenido en forma extemporánea por parte de Guantay y Escobar.

IV. En la oportunidad prevista en el artículo 465, 4º párrafo, del cuerpo legal citado, la defensa de Darío Alberto Guantay presentó el escrito obrante a fs. 1785/1792 y la defensa de Jonathan Ricardo Escobar el de fs. 1793/1799.

V. En la etapa contemplada en el artículo 468 del código de forma, las defensas de los señores Escobar y Guantay presentaron

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

breves notas, que se encuentran glosadas a fs. 1828/1830 y 1834/1838 respectivamente, mientras que el representante del Ministerio Público Fiscal, Dr. Leonardo Filippini, compareció a la audiencia fijada para el día 11 de febrero de 2016, a fin de informar respecto de los recursos de casación oportunamente interpuestos por las defensas, quedando así las actuaciones en estado de ser resueltas.

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

Y CONSIDERANDO:

El juez Mario Magariños dijo:

I

Contra la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal n° 14 de fecha 20 de abril de 2015, las defensas de los condenados interpusieron recursos de casación.

La defensa técnica de los señores Darío Alberto Guantay y Jonathan Ricardo Escobar sostuvo, como agravios centrales, que el tribunal oral había valorado en forma arbitraria el material probatorio obtenido en el proceso, tanto en lo referido a las pruebas documentales como a los dichos de los testigos pues, según su criterio, éstas no resultaban suficientes para conformar el grado de certeza requerido para arribar a una sentencia condenatoria, y para desvirtuar la presunción de inocencia de los señores Guantay y Escobar.

Cuestionó, entre otras cosas, que ante la inexistencia de prueba suficiente para tener por acreditado que en los hechos individualizados en la sentencia como I y II, Guantay y Escobar hayan utilizado armas de fuego aptas para el disparo, debía descartarse la agravante prevista en el artículo 166, inciso 2, 2° párrafo, del Código Penal, esto es, la correspondiente al robo cometido con arma de fuego.

Asimismo planteó la defensa que el tribunal *a quo* incurrió en arbitrariedad por exceso de jurisdicción, pues condenó a Guantay por el delito de portación de armas de guerra sin la debida autorización legal, sin que mediase a este respecto acusación fiscal. En este sentido, manifestó que el fiscal sólo había acusado al señor Guantay por el delito

de tenencia de arma de guerra sin la debida autorización legal, por lo que el cambio de calificación dispuesta por el tribunal de juicio, violaba el principio de defensa, en tanto su asistido no había podido cuestionar dicha imputación. También sostuvo que el tribunal realizó una incorrecta subsunción en el tipo penal de portación de arma de guerra sin la debida autorización legal, ya que no se había podido acreditar que Guantay hubiese llevado consigo el arma, ni que hubiese estado en condiciones inmediatas de uso.

Otro de los agravios de la defensa se dirigió a cuestionar la determinación de la pena impuesta al señor Guantay. En primer lugar, argumentó que el tribunal se excedió al imponer una pena de diez años de prisión a su asistido, pues el representante del Ministerio Público Fiscal había solicitado una pena de siete años de prisión. Al entender del recurrente, la pretensión punitiva del acusador fiscal imponía un límite a la jurisdicción del tribunal para determinar la pena, por lo que, al haber ido más allá de la pretensión fiscal, el *a quo* incurrió en un exceso jurisdiccional violatorio de garantías tales como el debido proceso, el derecho de defensa en juicio y la imparcialidad del juzgador. Asimismo, entendió que la pena de diez años de prisión dictada por el *a quo*, no se encontraba lo suficientemente justificada.

Además, respecto a la determinación de la pena única de veinticinco años de prisión, comprensiva de la de diez años impuesta en el caso, y de la sanción también única de dieciocho años de prisión dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 17 en el marco de la causa 2800 de su registro interno, la defensa del señor Guantay se agravió, en tanto sostuvo que el señor representante del Ministerio Público Fiscal no había solicitado ningún monto en concreto para la unificación, por lo que esa parte se vio privada de cuestionar la eventual unificación, privándose así a su asistido de su derecho de defensa en juicio.

Por último, se cuestionó la declaración de reincidencia dispuesta respecto del señor Guantay, pues, a criterio de la recurrente, para que proceda dicho instituto, debe verificarse que se haya cumplido en prisión, en carácter de condenado, un tiempo que exceda de los dos

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

tercios del tiempo de la pena. En este sentido, manifestó que ello no se verificaba en el caso de Guantay.

Por su parte, en el recurso de casación interpuesto por la defensa de Leandro Sebastián Ullua, se planteó como primer agravio que el alegato fiscal no constituyó una acusación suficiente y adecuada, pues tan sólo se limitó a reiterar pasajes del requerimiento de elevación a juicio, sin determinar cuál había sido la intervención material de Ullua en los hechos que fueron materia de debate. A entender del recurrente, tal proceder resulta violatorio del derecho de defensa en juicio, en tanto no le fue posible defenderse ante una acusación así de defectuosa, en la que no se individualizó la conducta reprochada a su asistido.

En segundo lugar, argumentó que el *a quo* había realizado un desdoblamiento arbitrario de una misma realidad de imputación en función de dos calificaciones distintas, lo que implicó una afectación de la garantía *ne bis in idem* y del principio constitucional de acto. A este respecto, manifestó que, dado que hubo una unidad de acción entre el robo con arma y la portación de arma, y que ambos hechos se produjeron en un mismo momento, no correspondía condenar a Ullua en función de las dos figuras (robo con arma de fuego y portación de arma de fuego), sino que la portación se encuentra subsumida en el tipo penal de robo con arma de fuego.

Se agravio también la defensa por la arbitraria valoración de la prueba y la insuficiente fundamentación en la que, a su entender, incurrió el tribunal para tener por acreditada la participación de Ullua en los hechos. En particular, señaló que no surgían del debate elementos que permitiesen identificar a Ullua como coautor funcional, de manera que no existiese duda acerca del dominio de los acontecimientos que tuvo a su disposición en el desarrollo de una causalidad a la que debería haber aportado o contribuido de manera esencial y determinante.

También sostuvo el recurrente la inexistencia de prueba suficiente para tener por acreditado que en los hechos I y II, se hubiesen utilizado armas de fuego aptas para el disparo, en condiciones inmediatas de disponibilidad y uso, cuestión que, a su criterio, obligaba al tribunal a

descartar la agravante prevista en el artículo 166, inciso 2, 2º párrafo, del Código Penal.

Finalmente, la defensa cuestionó la determinación de la pena impuesta a su asistido Ullua, en tanto los ocho años de prisión que el tribunal consideró adecuados, no resultaban ajustados al monto solicitado por el señor representante del Ministerio Público Fiscal en la audiencia de debate, quien había requerido se le impusiesen siete años; argumentando, además, que el monto de pena en sí, no se encontraba adecuadamente justificado por parte del tribunal. Asimismo, sostuvo que el cambio de calificación propuesto por el *a quo*, de tenencia de arma de fuego, a portación de arma de fuego, resultó sorpresivo, e implicó, además –según dijo– una *reformatio in pejus*.

En la presentación efectuada por la defensa de Guantay en el término de oficina, se ampliaron los fundamentos de los agravios ya introducidos en el recurso de casación.

A su turno, en el escrito presentado en esa misma oportunidad por la asistencia técnica de Escobar, se introdujeron nuevos agravios. Entre ellos, la defensa planteó que el reconocimiento que su asistido había realizado de su intervención en los hechos que fueron objeto de la sentencia, no resultaba suficiente para tener por acreditada su participación, sino que el *a quo* debería haber valorado otras pruebas de las reunidas en el proceso.

También sostuvo que no podía tenerse por probado que en la ejecución de los hechos, los imputados se hubiesen valido de armas de fuego cargadas y aptas para el disparo, y que la conclusión a la que llegó el tribunal, resulta basada en meras suposiciones.

Finalmente, se agravió en esa oportunidad respecto del monto de pena impuesto a su asistido, pues entendió que el tribunal no brindó fundamentación alguna para apartarse del mínimo legal de seis años y ocho meses de prisión previsto para el robo con armas de fuego.

En las breves notas presentadas en la ocasión prevista en el artículo 468 del Código Procesal Penal de la Nación, la defensa de Escobar hizo énfasis en la ausencia de pruebas que permitiesen tener por

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

acreditada la participación de su asistido en los hechos, mientras que la defensa de Guantay resaltó la inexistencia de prueba suficiente respecto a la utilización de armas cargadas y aptas para el disparo en la comisión de ambos hechos de robo.

II

Al contrario de lo sostenido por los recurrentes, la sentencia impugnada muestra una conclusión fundada y razonable sobre la prueba de la intervención y responsabilidad de los señores Darío Alberto Guantay, Jonathan Ricardo Escobar y Leandro Sebastián Ullua, en la comisión de los sucesos que en el decisorio impugnado se han tenido por acreditados.

En efecto, la resolución recurrida exhibe un adecuado apego a las pautas de valoración probatoria derivadas de la regla fundamental del estado jurídico de inocencia y de la regla legal de la sana crítica racional, que permite sostener, luego de una revisión de carácter amplio de la condena, en función de lo dispuesto en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y definida conforme los parámetros fijados por este tribunal en el precedente “Cajal” –proceso n° CCC 31507/2014/TO1/CNC1, registro n° 351/2015, sentencia del 14 de agosto de 2015– (ver voto del juez Magariños), que, en el caso, los jueces del juicio han arribado a una decisión respetuosa de los límites definidos por aquellos principios normativos propios de la tarea de reconstrucción del suceso objeto de la sentencia.

Se observa así que el tribunal oral analizó y valoró de forma detenida, objetiva y precisa la prueba reunida en el proceso e incorporada al debate, compatibilizándola con las declaraciones brindadas por los testigos del hecho.

En efecto, el *a quo* tuvo por probado que el 8 de abril de 2013, Leandro Sebastián Ullua, Jonathan Ricardo Escobar y Darío Alberto Guantay, desapoderaron a Sergio David Gutiérrez Pérez del automóvil Volkswagen Pointer GL de color blanco, dominio AKP-254, y a Sandra Viviana Heredia de sus pertenencias y objetos de valor,

mediante la exhibición de armas de fuego (hecho I). Para llegar a esa conclusión tomó en cuenta, en primer lugar, el relato de las señoras Elida Beatriz González y Sandra Viviana Heredia, de los preventores Sargento Ávila, Cabo Taylor e Inspector Lepro, así como las actas de secuestro de fs. 6 y 27 y las constancias de entrega de efectos a los damnificados Sandra Viviana Heredia y Sergio David Gutiérrez obrantes a fs. 192 y 207 respectivamente.

Asimismo, tuvo por acreditado que con posterioridad, el mismo día 8 de abril de 2013, pasadas las 20.50 horas, Leandro Sebastián Ullua, Jonathan Ricardo Escobar y Darío Alberto Guantay, despojaron a Cristian Antonio Sanabria, Emanuel Bagala y Norberto Daniel Contreras de sus pertenencias y demás objetos de valor, exhibiéndoles armas de fuego (hecho II). Para tener por acreditada la materialidad de este suceso, el tribunal ponderó las declaraciones de los tres damnificados, así como el acta de secuestro de los diversos bienes propiedad de las víctimas, que luego les fueron devueltos en la comisaría.

Finalmente, se tuvo por probado que Jonathan Ricardo Escobar, Darío Alberto Guantay y Leandro Sebastián Ullua, transportaron sin la debida autorización legal y en las mismas circunstancias de tiempo, modo y lugar anteriormente señaladas (hechos I y II), e inmediatamente después, hasta el momento de la detención, aquellas dos armas que se encontraban en condiciones inmediatas de ser utilizadas, en tanto las llevaban por un lugar público, cargadas y resultaron ser aptas para producir disparos, siendo además idóneas las municiones que alojaban. El tribunal tuvo por probado este suceso con base en el acta de fs. 6 labrada por el Inspector Lepro, en la cual se formalizó el secuestro “del interior del habitáculo lado del acompañante delantero, sobre el piso, una (1) pistola con la inscripción ‘Fabrica Militar Rosario’ (ilegible) Browning n° 8059 conteniendo una (1) munición en recámara y seis (6) en su almacén cargador, calibre 9 mm, encontrándose su martillo montado y del suelo, junto al prevenido, un (1) revólver con inscripción ilegible calibre .38, conteniendo cinco (5) municiones con un (1) alveolo vacío”.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

También se valoraron a fin de completar el esquema probatorio las declaraciones del Sargento 1º Ávila, el Sargento Taylor, el Subinspector Rodrigo Lepro y el Subinspector Basuf, Jefe de Servicio Externo de la Comisaría 48ª, las que se corresponden con lo actuado a fs. 7, 23 y 24, instrumentos que dan cuenta de las detenciones de Leandro Sebastián Ullúa, de Darío Alberto Guantay y de Jonathan Ricardo Escobar a partir de las 21:35 horas, con intervención del Subinspector Lepro (fs. 7) y del Suboficial Ávila (fs. 23 y 24).

Asimismo mencionó el *a quo* en su resolución, que se tuvieron en cuenta las declaraciones de José Luis Castro y Gabriel Omar Bernal, testigos del procedimiento, quienes depusieron en el debate.

Entiendo que el tribunal de juicio llevó adelante una adecuada reconstrucción de los sucesos materia de debate, pues compatibilizó los dichos de los testigos con la prueba documental incorporada en la audiencia, y llegó a una fundada conclusión acerca de la participación de los señores Ullúa, Escobar y Guantay en los sucesos, que luce absolutamente razonable. Tal reconstrucción de los hechos, por lo demás, resulta coincidente con aquella que, según se observa de los antecedentes del proceso, fue sostenida por la fiscalía al momento de pronunciar su alegato final en el debate, contrariamente a lo que sostuvo la defensa del condenado Ullúa a este respecto.

En relación con la conclusión a la que arribó el tribunal acerca de la aptitud para el disparo de las armas de fuego secuestradas, se señaló en la sentencia que la pericia balística practicada por la Superintendencia de Policía Científica de la Policía Federal Argentina determinó que al momento del examen pericial, “tanto la pistola semiautomática de acción simple, calibre 9x19mm (9MM Luger), licencia FN-Browning, serie 004559, número 8059, como el revólver doble acción, calibre .38 SPL, marca DGII (Di Giacomi Hnos.) resultaron ser aptos para el tiro y de funcionamiento normal” (punto 2.- del dictamen de fs. 453/456); mientras que, respecto de las municiones, resultó probada la idoneidad correspondiente a esas dos armas, mediante la ampliación de la experticia balística anterior, realizada por la misma

repartición policial, en la que se concluyó: “Al momento del examen pericial, los dos (2) cartuchos de bala calibre 9x19mm y el cartucho de bala calibre .38 “special”, tomados al azar en representación del total de la muestra remitida, resultaron ser “aptos para sus fines específicos” (fs. 986/989).

En este sentido, se observa que el *a quo* ponderó en forma correcta los elementos obrantes en el proceso y, si bien las pericias fueron cuestionadas por las defensas de los imputados, también esos cuestionamientos fueron correctamente atendidos y descartados en la sentencia sujeta a revisión.

En relación con los hechos fijados por la sentencia, las defensas se agraviaron además, de la afectación a la congruencia fáctica pues, a su entender, la descripción de la forma en que los sucesos acaecieron fue modificada por el *a quo*, lo que se puso de manifiesto al calificar al hecho III como portación de arma de fuego, en vez de tenencia de arma de fuego, siendo esta última la calificación que el fiscal había solicitado en el debate oral y público.

Sin embargo, es posible afirmar que los hechos, tal cual quedaron fijados en la sentencia, resultan coincidentes con aquellos descritos tanto en el requerimiento de elevación a juicio como en el alegato fiscal: en esas tres ocasiones, la descripción de los hechos comprendió el empleo de armas de fuego aptas para el disparo para llevar adelante los desapoderamientos, así como el transporte de ellas en la vía pública, hasta el momento de la detención.

Ello descarta toda posible alteración de la congruencia fáctica, al contrario, los hechos se mantuvieron inalterados a lo largo del proceso; esto, más allá de la discusión que pudiese subsistir acerca de la posibilidad del *a quo* de mutar la calificación legal, pese al mantenimiento de la correlación en la descripción de los sucesos.

Por lo expuesto hasta aquí, se observa que en la sentencia se ha realizado una correcta valoración de las pruebas obrantes en el proceso, sin que haya arbitrariedad alguna en su ponderación, razón por la cual corresponde, en este aspecto, confirmar la decisión recurrida.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

III

El cambio de calificación realizado por el *a quo* en la resolución en examen fue cuestionado por ambas asistencias técnicas, al sostener que tal proceder resulta contrario a diversas garantías constitucionales, entre ellas el derecho de defensa.

Ahora bien, tal como he explicado 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*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2013, pp. 54 y ss.), la función de interpretación, selección y aplicación de la ley penal, no incumbe, desde la perspectiva institucional, a ningún otro sujeto procesal distinto del juez.

Ello, sin perjuicio de que la decisión acerca de las normas penales aplicables frente a un conflicto, debe sin duda orientarse y armonizar con el derecho fundamental de defensa (art. 18 de la Constitución Nacional), de modo tal que el ejercicio de aquella función jurisdiccional no comprende, claro está, ni la alteración o modificación de los hechos atribuidos por la acusación, en virtud del requisito de congruencia entre ese acto procesal y la sentencia, ni abarca cambios imprevisibles de la calificación jurídica, que importen un desbaratamiento o desarticulación de la estrategia de defensa, esto en razón de la exigencia derivada de la regla de contradicción que impone la efectiva posibilidad de responder a la significación jurídica de los hechos imputados.

La más caracterizada doctrina procesal penal de nuestro país explica que la regla de congruencia entre acusación y sentencia “no se extiende como principio, a la subsunción de los hechos bajo conceptos jurídicos... Lo que interesa, entonces, es el acontecimiento histórico imputado, como situación de vida ya sucedida (acción u omisión), ... del cual la sentencia no se puede apartar porque su misión es precisamente decidir sobre él” (Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*,

Tomo I, Fundamentos, 2º edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 569).

Por lo tanto, “si bien es preciso que la acusación exprese la calificación legal del hecho imputado, esto es, que el actor penal lo defina o valore jurídicamente, indicando las disposiciones legales que considere aplicables... esta exigencia no significa que la sentencia deba limitarse a aceptar o negar la definición jurídica del acusador, en contra del principio ‘iura novit curia’ que en el proceso penal también impera”, por eso, agregaba Vélez Mariconde, “No cabe confundir... el aspecto fáctico con el jurídico-penal, es decir, la situación de hecho que el actor penal pone en tela de juicio cuando se la atribuye al acusado,... con la valoración de derecho sustantivo de esa situación” (VÉLEZ MARICONDE, Alfredo: *Derecho procesal Penal*, Tomo II, Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1982, p. 219 y 236. En igual sentido se pronuncia Jorge Clariá Olmedo: *Tratado de derecho procesal penal*, Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008, p. 519). Pues, verificar si la situación fáctica sostenida por el acusador encuadra en una hipótesis abstracta de la ley penal, darle un *nomen juris*, o lo que es igual, reconocer los elementos constitutivos de un tipo o figura penal es tarea del juzgador.

En otros términos, determinar si un cierto comportamiento posee o no sentido criminal y, en su caso, establecer su significado jurídico penal preciso es función propia del órgano jurisdiccional, dado el carácter público del derecho penal.

Los únicos límites al ejercicio de la función propia del poder jurisdiccional en materia penal, derivados del derecho de defensa, son entonces aquellos establecidos desde antiguo por una jurisprudencia pacífica y constante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no difiere en absoluto del criterio expresado por las opiniones de la doctrina procesal reseñada, en tanto determina, por un lado, que “si bien en orden a la justicia represiva, el deber de los magistrados, cualesquiera que fueren las peticiones de la acusación y la defensa, o las calificaciones que ellas mismas hayan formulado con carácter provisional, consiste en

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

precisar las figuras delictivas que jueguen con plena libertad y exclusiva subordinación a la ley, ese deber encuentra su límite en el ajuste del pronunciamiento a los hechos que constituyen la materia del juicio” (*Fallos*, 186:297; 242:227; 246:357; 284:54; 298:104; 302:328, 482 y 791; 310:2094; 312:2370; 314:333; 315:2969; 319:2959; 321:469 y 324:2133, voto del juez Petracchi).

Este criterio de la Corte ha sido ratificado, a su vez, por ese tribunal en decisiones más recientes adoptadas con su actual conformación. Así, en el caso “Sircovich” (*Fallos* 329:4634) se afirmó, con remisión al dictamen del procurador general, que “en lo que respecta al principio de congruencia... cualquiera sea la calificación jurídica que en definitiva efectúen los jueces, el hecho que se juzga debe ser exactamente el mismo que el que fue objeto de imputación y debate en el proceso, es decir, aquel sustrato fáctico sobre el cual los actores procesales desplegaron su necesaria actividad acusatoria o defensiva” y, por otra parte, agregó que “en una aplicación más amplia del principio de congruencia... ‘el cambio de calificación adoptado por el tribunal será conforme al artículo 18 de la Constitución Nacional, a condición de que dicho cambio no haya desbaratado la estrategia defensiva del acusado, impidiéndole formular sus descargos...’”(Ap. III.3 del dictamen del procurador general en el fallo “Sircovich” cit.).

Ambas limitaciones al poder jurisdiccional de decidir cuál es la ley penal aplicable al caso, consecuencia del derecho fundamental de defensa y consistentes, por una parte, en la inalterabilidad de la base fáctica de la imputación y, por otra, en la previsibilidad del cambio de calificación legal en relación con el propuesto por la acusación, fueron ratificadas también en el precedente “Antognazza” (*Fallos* 340:4945), donde es importante advertir que el voto disidente, expresado por los jueces Lorenzetti, Maqueda y Zaffaroni, sólo discrepa con el mayoritario en cuanto la disidencia sostiene que el cambio de calificación llevado a cabo en el caso por los jueces de grado, importaba necesariamente una modificación del hecho imputado. De igual modo, en el precedente “Ciuffo” (*Fallos* 330:5020), los jueces Lorenzetti y Zaffaroni sostuvieron

que sólo se ajustan al artículo 18 de la Constitución Nacional los cambios de calificación que, además de versar sobre los mismos hechos objeto de debate en el juicio, “no hayan desbaratado la estrategia defensiva del acusado impidiéndole formular sus descargos” (Cons. 4º del voto concurrente de los jueces mencionados).

Asimismo en el caso “Amodio” (*Fallos* 330:2658), el voto disidente de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni sostuvo que lo dispuesto por las normas que integran el Código Procesal Penal de la Nación, entre las que se encuentran el artículo 401, “deben interpretarse de modo que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías constitucionales” (Cons. 20), entre los cuales se encuentra “la regla que se expresa como *principio de correlación entre la acusación y el fallo* en la medida en que resulta ser una manifestación de la garantía de defensa en juicio...; pues el derecho a ser oído reclama del órgano jurisdiccional un pronunciamiento que debe expedirse sobre el hecho y las circunstancias contenidas o delimitadas en la acusación, fijando entonces aquella regla el ámbito máximo de decisión del fallo penal” (Cons. 15).

El reconocimiento como actividad propia de la función jurisdiccional de la tarea consistente en decidir y aplicar las normas penales, con los límites trazados por el derecho de defensa en el sentido y con el alcance que la doctrina y jurisprudencia casi unánime de nuestro país le otorga, ha sido también afirmado de modo expreso en la jurisprudencia internacional.

Al resolver el caso “Fermín Ramírez v. Guatemala” (Sentencia del 20 de junio de 2005), la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que “Al determinar el alcance de las garantías contenidas en el artículo 8.2 de la Convención, la Corte debe considerar el papel de la ‘acusación’ en el debido proceso penal *vis-á-vis* el derecho de defensa. La descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación. El llamado ‘principio de coherencia o de correlación entre acusación y sentencia’ implica que la sentencia puede versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación” (Caso “Fermín Ramírez” cit., ap. 67).

La Corte Interamericana resolvió así, que una modificación de la base fáctica de la acusación operada en la sentencia quebranta la garantía fundamental de defensa, y que, por consiguiente, el cambio de calificación jurídica, como ejercicio propio de la función jurisdiccional, requiere para su validez el estricto cumplimiento de esa exigencia de congruencia material.

En ese sentido, se consideró en el fallo que “El párrafo segundo del artículo 388 del Código Procesal Penal guatemalteco establece que ‘en la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella de la acusación o de la del auto de apertura del juicio, o imponer penas mayores o menores que la pedida por el Ministerio Público’. Esta facultad, consecuente con el principio *iura novit curia*, debe ser entendida e interpretada en armonía con el principio de congruencia y el derecho de defensa. La necesaria congruencia entre la acusación y la eventual sentencia justifica la suspensión del debate y el nuevo interrogatorio del acusado, cuando se pretende cambiar la base fáctica de la acusación. Si esto ocurre irregularmente, se lesiona el derecho a la defensa, en la medida en que el imputado no ha podido ejercerlo sobre todos los hechos que serán materia de la sentencia” (Ap. 74, caso “Fermín Ramírez” cit.).

La Corte concluyó entonces, en relación con lo que aquí importa, que “el tribunal de sentencia no se limitó a cambiar la calificación jurídica de los hechos imputados previamente, sino modificó

la base fáctica de la imputación, inobservando el principio de congruencia” (Ap. 75, caso “Fermín Ramírez” cit.).

En lo relativo a la facultad jurisdiccional de atribuir a los hechos imputados una calificación jurídica diferente a la postulada por la acusación, es indudable que una mejor operatividad de la garantía de defensa confieren aquellas regulaciones procesales que han incorporado, junto al reconocimiento expreso de la atribución jurisdiccional de decidir el derecho aplicable en cada caso, la exigencia de que el tribunal advierta acerca de un posible cambio de calificación a llevarse a cabo en la sentencia (Por ejemplo: artículo 341 del Código Procesal Penal de Chile. En este sentido, puede verse también la opinión de Claus Roxin respecto del fundamento del “deber de advertencia” establecido en el parág. 265 de la Ordenanza Procesal Penal alemana; en su: *Derecho procesal penal*, traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel Pastor revisada por Julio B. J. Maier, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 367).

Sin embargo, una regulación legal como la del artículo 401, primer párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación no implica por sí ninguna incoherencia normativa con las garantías constitucionales que definen al proceso penal.

Esto significa que si bien, tal como ya fue dicho, la incorporación del requisito legal de “la advertencia de oficio” conferiría una mejor operatividad al derecho de defensa, al permitir conjurar con más eficacia la posibilidad de producción, por parte de los tribunales, de cambios de calificación jurídica que resulten sorprendidos, bruscos o imprevisibles, no es correcto derivar de allí que la mencionada regla legal, al contemplar la posibilidad de modificación por el tribunal de la significación normativa de los hechos sin someterla al requisito de una previa advertencia expresa, importe, tal como alguna opinión doctrinaria parece entenderlo, una lesión a “los principios constitucionales de defensa en juicio, contradicción y derecho a ser oído” (LEDESMA, Ángela: “¿Es constitucional la aplicación del brocardo ‘iura novit

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

curia?”, en *Estudios de Justicia Penal: Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Buenos Aires, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 373).

Por el contrario, si la regla legal es interpretada de modo razonable y ajustado a las exigencias constitucionales, las modificaciones jurídicas de carácter sorpresivo quedan por lógica excluidas de su marco normativo, en cambio aquellas razonablemente previsibles o esperables desde la perspectiva de una asistencia técnica acorde a los propios requerimientos del derecho de defensa, tornan prescindible la advertencia acerca de cuál es la ley que corresponde aplicar al caso, aun cuando, de *lege ferenda*, ello pueda estimarse conveniente para una mayor amplitud del derecho de defensa de la persona acusada.

En el caso concreto, cabe destacar que, tal como se señaló en el apartado II de este voto, el requerimiento de elevación a juicio describió que la conducta desplegada por los señores Ullua, Escobar y Guantay comprendió el empleo de armas de fuego aptas para el disparo, mediante cuya utilización llevaron adelante los desapoderamientos y, así también, el transporte de ellas por la vía pública hasta el momento de la detención, lo que, a criterio del fiscal de instrucción resultaba constitutivo del delito de portación de arma de fuego.

Luego, en su alegato, pronunciado durante la audiencia de debate, el fiscal de juicio propuso que debía cambiarse esa calificación por la de tenencia de arma de fuego, en tanto interpretó que la figura de portación exige exclusividad en la vinculación entre el arma y el autor y, en el caso, en cambio, los autores compartieron su relación con las dos armas empleadas.

Finalmente, los jueces consideraron que correspondía aplicar el tipo penal de portación de arma de fuego, retomando así la calificación originalmente propuesta, en el requerimiento de elevación a juicio.

Por lo tanto, es evidente que el cambio en la calificación propuesta por el tribunal *a quo* no resultó sorpresivo para la asistencia técnica de los condenados, ni desbarató en modo alguno su estrategia defensiva, en tanto la base fáctica sobre la cual versó la imputación no

mutó en forma alguna y la figura legal por la que, en definitiva, fueron condenados los señores Ullua y Guantay había sido la propuesta desde un primer momento, a través del acto procesal con cuya lectura se abrió el debate, esto es, el requerimiento de elevación a juicio.

Así, más allá del acierto o no en punto a la subsunción, llevada a cabo en la sentencia, de la figura de la portación de arma en la de robo con arma de fuego, y del concurso real afirmado respecto del tramo final de los acontecimientos, lo cierto es que desde el requerimiento de elevación a juicio se les imputó a los condenados, además del empleo de las armas en la comisión de los robos, el haber “transportado sin la debida autorización legal...aquellas dos armas que se encontraban en condiciones inmediatas de ser utilizadas, en tanto las llevaban por un lugar público cargadas y resultaron ser aptas para producir disparos, siendo además idóneas las municiones que alojaban” (fs. 559), por lo que resulta evidente que desde ese momento existió la posibilidad de que les fuera imputado a los señores Ullua, Guantay y Escobar, la portación de las armas de fuego.

En este aspecto, entonces, también corresponde confirmar la resolución recurrida.

IV

Si bien como he establecido en el último apartado, resulta legítimo el cambio de calificación llevado a cabo por parte del *a quo* al subsumir el suceso en la figura de portación de arma de fuego, corresponde realizar algunas precisiones al respecto.

En primer lugar, cabe destacar que, en efecto, considero correcta la calificación legal otorgada por el tribunal oral en el enumerado como hecho III en la sentencia, tipificado allí como constitutivo de la figura contenida en el artículo 189 *bis*, inciso 2°, párrafo 4°, del código de fondo, en tanto se verificó en el caso la circulación por la vía pública en un vehículo automotor con armas de fuego (cargadas y aptas para el disparo), en poder directo e inmediato de los autores, lo cual configura el riesgo abstracto prohibido por la regla legal citada, y definido como perturbación externa en virtud de la

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

incalculabilidad de los posibles cursos de daño; sobre el punto, ver el precedente de esta cámara “Ojeda” –proceso n° CCC 31996/2014/TO1/CNC1, registro n° 812.2015, sentencia del 23 de diciembre de 2015- (ver voto del juez Magariños).

Sin embargo, no resulta acertada la clase de concurso seleccionada por el tribunal *a quo* para aplicar al comportamiento aludido en el último párrafo, en relación con los otros dos hechos (I y II), que el tribunal oral consideró como concurso real, así como tampoco es correcta la afirmación de una relación concursal aparente aplicada por los sentenciantes a la portación de las armas constatada, a su vez, al momento de comisión de los desapoderamientos mediante el empleo de esas armas de fuego.

Es que, en lo atinente a la relación concursal que media entre la figura de portación de arma de fuego y la de robo con arma de fuego, conforme lo explicado acerca del fundamento de la prohibición consagrada por la primera de esas figuras, se excluye la posibilidad de considerar la existencia de un concurso aparente entre esas normas, pues ni se trata de la prohibición de un mismo riesgo, ni resulta legítimo entender a la portación de arma de fuego como preparación punible de la otra conducta típica, en tanto ello supondría una manifiesta afectación del principio “según el cual se ha de separar un ámbito interno de otro externo; pues con esta restricción sólo se puede criminalizar razonablemente una conducta que sin consideración de los proyectos actuales del autor, no puede ser ya tolerada... si se permite la intromisión, desaparecen todos los límites para las anticipaciones de la punibilidad y se puede incriminar sin más cualquier conducta preparatoria” (Jakobs, Günther, “Criminalización...” op. cit, p. 311/312).

Tampoco corresponde afirmar, tal como lo hizo la sentencia impugnada, la existencia de un concurso real en el caso, toda vez que los extremos fácticos que se tuvieron por acreditados en la decisión del *a quo*, confirmada por la presente en este aspecto, dan cuenta de una única decisión de acción, esto es, la de portar el arma de

fuego al momento de cometer los robos e inmediatamente luego de cometidos, hasta la concreción de la detención de los autores; lo cual, en función de la redacción del artículo 164, última parte, del Código Penal, conduce a descartar la consideración de una pluralidad de conductas.

Por consiguiente, en el caso media un concurso ideal, pues, con su decisión de acción, los autores han quebrantado tanto la norma que prohíbe el robo con arma de fuego (artículo 166, inciso 2º, párrafo 2º de la ley penal), como aquella que tipifica a la portación de arma de fuego (artículo 189 *bis*, inciso 2º, párrafo 4º, del código de fondo). Esa doble violación de normas, producida mediante una única acción, se ubica entonces en lo regulado por el artículo 54 del Código Penal.

Por esa razón corresponde en este aspecto, casar la resolución recurrida en punto a la errónea imposición del artículo 55 de la ley penal material, y resolver el caso a través de la aplicación del artículo 54 de ese ordenamiento, conforme a la doctrina arriba expuesta, debiendo los señores Guantay y Ullua responder como autores del delito de robo con arma de fuego en concurso ideal con portación de arma de fuego.

Ahora bien, toda vez que el señor Escobar ha sido condenado sólo por el delito de robo con armas de fuego, no corresponde variar en esta instancia la calificación que se le atribuyó a su intervención en los hechos por otra subsunción que resulte más gravosa para él, en tanto ello supondría una *reformatio in pejus*, en virtud de la falta de recurso acusatorio.

V

En lo referido a la determinación de la pena que el tribunal de juicio llevó a cabo, considero que fueron respetadas estrictamente las exigencias normativas aplicables para considerar, en este punto, a la sentencia como ajustada a derecho.

Asimismo, la variación en la clase de concurso que media entre los delitos acreditados (respecto de los señores Guantay y Ullua), la cual determina pasar de la forma más gravosa afirmada en la sentencia del *a quo*, a la de menor intensidad punitiva aquí declarada, en nada

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

modifica los montos punitivos individualizados por el tribunal oral. Pues resulta evidente de la lectura de la sentencia que al momento de determinar la pena, los jueces de juicio no valoraron el concurso real que erróneamente consideraron aplicable al caso, sino que los montos de sanción han sido definidos expresamente sobre la base de otras circunstancias objetivas, tales como la concurrencia de circunstancias calificantes, la pluralidad de víctimas, el daño causado y, sobre todo, en las características individuales de los condenados (fs. 1594/1595).

También es importante destacar que, incluso dentro de la escala penal que corresponde al más grave de los delitos imputados, esto es, aquella que va de los seis años y ocho meses de prisión a los veinte años de prisión, conforme lo establecido en el artículo 166, inciso 2º, párrafo 2º de la ley penal, el monto de pena impuesto a los tres condenados resulta más cercano al mínimo previsto para las figuras endilgadas, que al máximo.

Por consiguiente, no es posible apreciar que la individualización de la pena llevada adelante por el *a quo* resulte arbitraria; al contrario, el fallo se encuentra debidamente fundado en pautas objetivas, que fueron correctamente valoradas en la sentencia.

Tampoco merece objeción la circunstancia de que el monto de sanción determinado en la sentencia no se haya limitado al propuesto por el fiscal en su alegato, pues, una vez más, en la medida en que esa individualización no supuso la consideración de elementos fácticos ajenos o distintos a los ponderados por el acusador en su alegato, la significación otorgada a tales elementos por parte del juzgador, a efectos de fijar el monto de sanción, es una atribución jurisdiccional exclusiva (conf. artículos 40 y 41 del Código Penal, 401 del Código Procesal Penal de la Nación y las consideraciones contenidas en el apartado III de este voto).

VI

En lo atinente a la unificación de penas dispuesta por el tribunal oral respecto del señor Guantay, consistente en una pena única de veinticinco años de prisión, comprensiva de la de diez años impuesta

en este proceso, y de la también única de dieciocho años de prisión dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 17 en el marco de la causa 2800 de su registro interno, lleva razón la defensa en cuanto a que, en ese aspecto, la sentencia del *a quo* ha sido arbitraria.

Es que, de acuerdo a lo que surge del acta de debate, el señor fiscal, al momento de alegar, determinó el monto de pena que correspondía para cada uno de los imputados en la causa, y, respecto de Guantay, sólo mencionó que “esta sanción debe ser unificada con la pena única de dieciocho años y nueve meses de prisión que le fuera impuesta el 1 de julio de 2008 con vencimiento fijado para el 14 de diciembre de 2017” (fs. 1525).

Sin embargo, el señor representante del Ministerio Público Fiscal no indicó la forma en que debía llevarse adelante esa unificación, ni las pautas a tener en cuenta para hacerlo, así como tampoco indicó un monto determinado derivado de esas pautas, todo lo cual hubiese posibilitado a la defensa el ejercicio de su derecho a cuestionar y discutir la propuesta acusatoria.

En consecuencia, el proceder del *a quo* al decidir acerca de la unificación de penas ha afectado el derecho de defensa en juicio del señor Guantay, en tanto, ante el alegato deficiente del acusador en este punto, la asistencia técnica del condenado se ha visto privada de ejercer su derecho de modo adecuado y suficiente.

Por ello, en este punto, corresponde declarar la nulidad parcial de la sentencia, debiendo sustanciarse, ante una distinta integración del tribunal oral, la discusión acerca de los parámetros para la unificación de penas respecto del señor Guantay (artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación).

VII

Por último, la defensa del señor Guantay también se agravió respecto a la declaración de reincidencia de su asistido, en tanto, de acuerdo a su criterio, no se encontraban dadas las pautas para la aplicación de tal instituto a su respecto.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

Pues bien, la forma en que viene planteada la controversia, esto es, el cuestionamiento por parte de la defensa del modo en que debe ser entendido el sentido y alcance del instituto de la reincidencia, obliga a ingresar en su análisis, lo que conduce de modo ineludible a ponderar la legitimidad del artículo 50 del Código Penal, a efectos de definir la corrección o no de su aplicación en el *sub judice*.

En razón de las consideraciones formuladas en el precedente “Obredor” -proceso n° 25833/2014/TO1/2/CNC1, registro n° 312/2015, resolución del 4 de agosto de 2015- (ver voto del juez Magariños) a las que cabe remitirse aquí 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, a este respecto, hacer lugar al recurso de casación interpuesto, casar la sentencia recurrida, y 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 (artículo 470 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Pablo Jantus dijo:

1) Han sido varios los agravios introducidos por las defensas, por lo que he de iniciar mi voto señalando que coincido con el doctor Magariños en que el primero de ellos, relacionado con la valoración de los elementos de convicción reunidos en el debate, debe ser rechazado puesto que, como bien lo examina mi ilustrado colega, el tribunal en la sentencia ha efectuado una correcta ponderación de los elementos de convicción reunidos y se ha demostrado, con certeza, la comisión de ambos sucesos por parte de los encartados. De esta manera quedó corroborada la hipótesis fiscal presentada durante el alegato final, el cual, desde mi punto de vista, contuvo una adecuada descripción de los hechos y de la participación en ellos de los imputados y permitió así

un correcto ejercicio del derecho de defensa. Por estas razones voto en el mismo sentido sobre estos aspectos.

2) a) En cambio, no concuerdo con el vocal preopinante en lo que se refiere a las cuestiones tratadas en los puntos III y V de su voto, relacionadas con la decisión del tribunal de condenar a los imputados por un delito más grave que aquel por el que fueron acusados y, en consecuencia, de imponerles una sanción penal superior a la mensurada para los hechos por el Sr. Fiscal General. En rigor, se trata de la misma cuestión que deliberamos con el doctor Magariños en la causa n° 3652, “Roda, Juan Ignacio” del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23, del 18 de noviembre de 2011 oportunidad en la que, como ahora, también respetuosamente disintimos.

Como quedó señalado, el fiscal, en su alegato, consideró que los imputados debían responder como coautores del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego reiterado –dos hechos– en concurso real con tenencia ilegal de arma de guerra y solicitó que se les imponga la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas. El tribunal, en la sentencia cuestionada, modificó la calificación legal, pues consideró que Guantay y Ullúa debían responder por el delito de portación de arma de guerra (en concurso real con robo con arma de fuego reiterado) y, merced a esa calificación más gravosa, les impuso la pena de diez años y ocho años de prisión, respectivamente. Cabe aclarar que en el caso de Guantay, revocó la libertad condicional de la que gozaba y le aplicó una pena única, declarándolo reincidente, aspectos que también fueron materia de agravio y se tratarán más adelante. Con lo que, en este apartado me limitaré a examinar si, desde mi punto de vista, es correcta la modificación del significado jurídico del hecho por parte del tribunal agravando la situación con relación a la pretensión fiscal y si es pertinente la imposición de una mayor sanción penal.

b) En un diseño de proceso acusatorio, como el optado por el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de jerarquía constitucional conforme al art. 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, el juicio se desarrolla sobre la base de los valores de

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

presunción de inocencia, imparcialidad del juzgador, igualdad de armas y asunción de la carga de la prueba por parte de la acusación, que implica una clara separación entre las funciones requirentes y decisorias. Naturalmente, en ese marco, el juez, como tercero imparcial en un conflicto de intereses, no puede ir más allá de las pretensiones de las partes. Dado que el art. 401 del Código Procesal Penal parecería desautorizar esta posición, al prescribir que el tribunal podrá dar al hecho una calificación más grave que la escogida por el fiscal, consagrando el brocardo *iuria novit curia*, deberé realizar un análisis de este principio y su contraste con el acusatorio, para determinar cuáles son los límites de la potestad jurisdiccional.

Debemos recordar que la norma citada prescribe que: “En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad”.

Luigi Ferrajoli (“Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia”, T. 2, p. 370, Editorial Trotta, Madrid, 2011) refiere con relación al sistema de garantías que debe regir en el proceso penal según el modelo acusatorio, que: “Esta naturaleza cognoscitiva y no potestativa del proceso depende del conjunto de las garantías procesales, que son traducción de elementales criterios epistémicos del razonamiento inductivo en reglas jurídicas. Precisamente, la carga de la prueba de la hipótesis acusatoria que pesa sobre la acusación no es otra cosa que la carga de aportar confirmaciones empíricas de la misma que sean idóneas para sustentar su aceptación como verdadera; la comunicación al acusado de forma clara y precisa de los hechos que se le atribuyen, los derechos de la defensa y el juicio contradictorio son tan sólo la puesta a prueba de esa misma hipótesis acusatoria mediante su exposición a las confutaciones y contrapruebas producidas por la defensa...La independencia del juez, su imparcialidad en relación a las partes en conflicto, la publicidad y oralidad del rito procesal, la obligación de motivar todas las decisiones judiciales, el derecho del imputado a un

doble juicio de condena y, por ello, al carácter definitivo de la absolución de primer grado son reglas que aseguran la corrección y la honestidad intelectual del juez y el control de sus eventuales errores o abusos”.

“Independencia de la jurisdicción, posición de tercero e imparcialidad del juez e igualdad de las partes procesales requieren de una articulación institucional de los sujetos del juicio basada, de acuerdo con la estructura triangular del proceso, en sus recíprocas separaciones, tanto orgánicas como funcionales. Por tanto, no sólo en la clásica separación de las funciones de gobierno tanto del juez como del ministerio público, titulares ambos de funciones de garantía sujetas sólo a la ley, sino también en la separación orgánica y funcional del juez y de la acusación pública, impuesta por el método acusatorio, así como en la separación de la policía judicial del poder ejecutivo, también orgánica y no sólo funcional...”.

Expresa César Alfonso en el artículo titulado “El principio de coherencia y el principio *iura novit curia* en la jurisprudencia interamericana” relacionado con la garantía prevista en el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que: “La Corte IDH ha expresado, además, que para llevar a cabo una nueva calificación es necesario observar las garantías procesales previstas en la ley. Atendiendo al sentido de la afirmación, el tribunal, hizo referencia a las disposiciones del derecho interno. Esta remisión no significa, sin embargo, que la facultad de los tribunales deba interpretarse únicamente con base en lo regulado en la ley procesal nacional, sino que debe atenderse también a las disposiciones de la Convención, específicamente las contenidas en los incisos *b y c* del artículo 8.2 CADH.”

“A partir de estas disposiciones, como se verá en detalle, surge también, ante un posible cambio de la calificación jurídica, la obligación de una comunicación y de conceder un tiempo y medios adecuados para la adaptación de la defensa.”

“Existen ordenamientos jurídicos nacionales que requieren que los tribunales adviertan al inculpado sobre la posible modificación de la calificación contenida en la acusación y que prevén los mecanismos

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

para la correspondiente preparación. Es también posible, sin embargo, que el derecho interno permita a los tribunales modificar la calificación sin más trámite. En estos casos habría que interpretar esta facultad observando además las garantías establecidas en el artículo 8.2.b y c CADH...”.

Agrega que: “La Corte IDH ha interpretado, como se ha visto, que comunicar previa y detalladamente la acusación, de conformidad con el artículo 8.2.b CADH, significa informar al interesado, además de las acciones u omisiones que se le imputan, las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de esta y la caracterización legal que se da a los hechos. La comunicación sobre la caracterización legal o calificación jurídica de los hechos atribuidos es vista así también como un presupuesto para que el inculcado se encuentre en condiciones de preparar eficientemente su defensa. Ante un posible cambio de la calificación, en primera instancia o en las ulteriores, surge consecuentemente la obligación de comunicar al inculcado esta posibilidad, a fin de no limitar sus posibilidades de defensa. Al comunicar la posibilidad de modificación se ha entendido que se debe informar cuál podría ser la nueva calificación legal.” (Ver artículo en “Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y el derecho penal internacional”, Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2011, pp. 36 y ss.).

Señala Oscar Albrieu, en su trabajo “Esplendor y ocaso del *iura curia novit*” (<http://new.pensamientopenal.com.ar/01102009/cuadernos01.pdf>), que según sostiene Alsina “no se conoce el origen de este aforismo; pero ya en el siglo XIII se lo utilizaba como traducción latina de una expresión que en esa fecha se hizo corriente, debido a la inclinación cada vez más acentuada de los letrados hacia las cuestiones de derecho con descuido de los hechos, lo que obligaba frecuentemente a los jueces a interrumpir la exposición previniendo ‘aténgase el letrado a los hechos, que tribunal conoce el derecho’”. Gustavo Calvino expresa que el brocárdico ya aparecía en el Corpus Iuris Canonici y que se puede establecer su relación con dos aforismos: “*Venite ad factum. Curia iura*

novit” y “*Da mihi factum et dabo tibi iur*” (“Dame el hecho y te daré el derecho”. Ver “*Iura novit curia*”, Doctrina Judicial, Editorial La Ley, Buenos Aires, Año XXIII, N° 26 del 27 de junio de 2007, pp. 595-606). Carnelutti por su parte aseguraba que el cumplimiento del juez de decidir la cuestión de derecho “no tanto consiste en la confrontación entre el hecho definido en la imputación y la hipótesis en ella indicada, sino entre aquel hecho y cualquiera otra hipótesis penal, lo que se traduce en el *deber de la definición jurídica del hecho afirmado*. La diferencia, así puesta de relieve, entre la solución de las cuestiones de derecho y la solución de las cuestiones de hecho, no debe asombrar; la verdad es que el juez, normalmente culto en derecho (*curia novit iura*), si tiene necesidad de la instrucción para establecer la existencia del hecho, no tiene necesidad de ella para definirlo jurídicamente...” (“Lecciones sobre el proceso penal”, Vol. II, p. 260, Bosch editores, Bs. As., 1950).

Recuerda Albrieu que este principio ha sido aceptado sin cuestionamientos por parte de la doctrina procesal. Así, Clariá Olmedo señalaba “la regla de la congruencia o de relación, con su significado estricto dentro del proceso penal sólo hace referencia a lo fáctico, mostrándose como una indispensabilidad de coincidencia o conveniencia entre el supuesto de hecho imputado y el contenido fáctico de la decisión, ya que en el aspecto jurídico rige en plenitud el principio *iura curia novit*”. En el mismo sentido, Rubianes opinaba que “el juez es libre de elegir el derecho que cree aplicable, según su ciencia y conciencia. Surge así el aforismo *iura novit curia*, que significa que el derecho lo sabe el juez”.

Cita, asimismo, el caso “Pelissier et Sassi c. Francia” del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 25 de marzo de 1999, en el que se admitió la posibilidad de recalificar jurídicamente la conducta de los acusados por los jueces, pero advirtió que debía respetarse el derecho de defensa; como es sabido, fue un precedente tomado en cuenta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fermín Ramírez”. La Corte europea señaló que “...la Cámara de Apelaciones, al hacer uso de su derecho a la recalificación del hecho, debía posibilitar a

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

los acusados que ejercieran su derecho de defensa en forma concreta, efectiva y en un tiempo prudencial. En el caso concreto, la Cámara debió reenviar la causa al Tribunal Correccional para su reestudio o mantener el caso en segunda instancia pero otorgando la posibilidad a las partes de defenderse.”.

Alberto Binder recuerda que, en virtud de este principio, se entendía que el tribunal podía fijar o modificar libremente el significado jurídico de los hechos y agrega que: “Sin embargo, si nos atenemos a un concepto amplio de ‘defensa’ veremos que tampoco tiene el tribunal libertad completa para modificar la interpretación jurídica de la imputación. El principio general es que el juicio no puede resultar ‘sorpresivo’ para el imputado. El tribunal debe preocuparse por que no se sorprenda al imputado en ninguna de las fases o dimensiones del juicio porque, en ese caso, se estaría afectando su posibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de defensa. En consecuencia, si bien en principio el tribunal conserva una cierta libertad para aplicar el Derecho y para apartarse de la calificación jurídica realizada en la acusación o en el auto de apertura a juicio...se debe entender como una violación del derecho de defensa el hecho de que la calificación jurídica que hace el tribunal de los mismos hechos resulta sorpresiva y no fue tomada en cuenta en ningún momento del desarrollo del juicio o los debates particulares...” (“Introducción al derecho procesal penal”, Ad-Hoc, Bs. As., 1993, p. 159 y ss.).

c) Albrieu indica que es evidente que los que aceptan el principio con plenitud, tácitamente aseveran que existe una clara diferencia entre los hechos y la calificación jurídica, una disociación tan profunda que les permite sostener que la congruencia alcanza sólo a los hechos y que la soberanía del juez en el derecho es casi absoluta.

Añade Albrieu que “Al realizar la acusación el acusador da relieve a algunos hechos en razón del tipo penal en el cual subsumirá, a continuación, la conducta. Si prevé calificar como robo, expondrá la forma en que el autor se apoderó de la cosa, hará hincapié en que no era su propietario y señalará que debió romper la puerta de acceso al lugar.

Otras circunstancias, por ejemplo, que el autor, o la víctima, fuera funcionario público, serán ignoradas o mencionadas en segundo plano, porque no constituyen circunstancias que el tipo penal de robo tenga en cuenta.”.

“Consecuentemente, la calificación jurídica señalará a la defensa cuáles aspectos de la conducta imputada son importantes en la controversia. Y, cabe suponer, sobre tales aspectos centrarán las partes la tarea probatoria y de contradicción”.

Así, concluye en que la elección y el análisis de los hechos que efectúan las partes no es inocente.

Seguidamente refiere que, según sostiene Michele Taruffo, “la decisión judicial se elabora a partir de una operación compleja que denomina la “construcción del caso” y que desemboca en la determinación de los hechos objeto de aquella, de la decisión, pero no constatando la relación entre los hechos del caso con el supuesto de hecho normativo, sino constituyéndola. El supuesto de hecho de la norma obtenida como resultado de la interpretación llevada a cabo por el juez califica jurídicamente los hechos del caso, los cuales son relevantes en relación con esa norma y en los cuales se fundamentará la decisión si resultan probados.”.

“La “construcción del caso”, para Taruffo, consistiría en una operación compleja en la que el juez formula problemas y busca respuestas, procediendo por grados, por hipótesis y controles en el análisis de los hechos, de las normas y sus posibles conexiones. Se produciría así un “circulo” o “espiral hermenéutica”:

“a) Desde el punto de vista de la norma jurídica: para saber si se aplica y cuándo a los hechos de un caso, es preciso determinar éstos previamente, pero esa determinación sólo puede llevarse a cabo siguiendo el supuesto de hecho normativo.”

“b) Desde el punto de vista de los hechos del caso: éstos adquieren significado jurídico por medio de su calificación, es decir, poniéndolos en relación con el supuesto de hecho de la norma, pero ésta

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

será obtenida tras una interpretación guiada por los hechos del caso, condicionada por el asunto concreto a decidir.”.

Refiere, asimismo, que “existe una clara interdependencia entre los hechos y su calificación jurídica: necesariamente el jurista (sea defensor, fiscal, juez o simple analista del proceso) va eligiendo los hechos que considera relevantes para un determinado tipo penal: si cree estar frente a un apoderamiento violento de una cosa mueble, estará atento al lugar en que se produjo y si hay viviendas cercanas, ya que si es poblado o no es un hecho de importancia, en razón de que tal circunstancia constituye la agravante de los artículos 166 y 167 CP. En cambio, si prevé que el hecho es una defraudación no le prestará ninguna atención.”

De tal modo, concluye en que *siempre un cambio de calificación requiere una modificación en los hechos del caso.*

Indica, por otra parte, que una calificación jurídica diferente por el juez puede estar motivada por una modificación de los hechos del caso (porque el juez entiende que no fueron probados o que se probó un hecho contrario, por ejemplo), o de una distinta interpretación de la norma. Así, el tribunal puede descartar la condena por el delito consumado porque no se probó que se hubiese tenido poder de disposición sobre la cosa –en el caso del robo– o porque tiene un criterio diferente sobre el momento en que se consuma el delito en concreto.

Explica que, ante una diferencia de interpretación de la norma, el tribunal tiene, con limitaciones, la facultad de interpretarla en forma diferente a lo solicitado por las partes, tanto en lo que se refiere al supuesto de hecho o en cuanto a la consecuencia jurídica, resultando claro que puede aplicar una interpretación más favorable al acusado.

d) Para sortear el estado de indefensión en que quedaría el imputado si el tribunal decidiera calificar el delito de manera más grave que el significado jurídico elegido por el fiscal, los autores, en general, proponen que el tribunal le advierta a las partes la posible modificación. En tal sentido, Angela Ledesma, en el artículo publicado en el libro homenaje a Julio B. Maier (“Estudios sobre Justicia Penal”, capítulo que

lleva el nombre “¿Es constitucional la aplicación del brocardo *iura novit curia?*”, editores del Puerto, Bs. As., 2005, pp. 357 y ss.) luego de referirse a la posibilidad de modificar la calificación jurídica por parte del tribunal, previa advertencia a las partes, de acuerdo a lo que prescriben algunas legislaciones, señala que “el principio *iura novit curia* reconoce un límite infranqueable en la inviolabilidad de la defensa en juicio, toda vez que parece un contrasentido que variar la plataforma fáctica intimada al imputado constituya un acto irregular insalvable y que no lo sea el apartamiento de las consecuencias jurídicas, que constituyeron el objeto del proceso, sin que éstas hayan sido refutadas por el sujeto al que habrán de aplicar...”.

Al respecto, Albrieu opina que “Si bien la advertencia a las partes puede resguardar el principio de contradicción, ya que permite que discutan acerca de la nueva posibilidad de calificación, no constituye, esta intervención del juez, una expresión de respeto al principio acusatorio. Al contrario, es su negación.”

“Esta iniciativa del tribunal está dirigida a suplir la actividad del acusador, quien debió integrar debidamente su imputación. La advertencia es por ello de distinto carácter: al fiscal (o querellante) para que ajuste su opinión jurídica a la del tribunal y al acusado para que tome nota, en la mayoría de los casos, que su situación puede ser aún más grave.”

“Ahora bien, ¿qué sucede si el acusador no considera ajustado a derecho el cambio de calificación propuesto por el juez, e insiste con su postura? ¿Puede, en tal caso, el juez calificar *per se?*”

“La advertencia del juez debe incluir la mención concreta de la nueva calificación, es decir no debe consistir en un mero aviso de que puede haber otra, sin precisiones.”

“En mi criterio, son aplicables al caso, *mutatis mutandi*, los cuestionamientos constitucionales que mereció el procedimiento de consulta previsto por el artículo 348 CPPN. El juez, al realizar esta advertencia, que no es sino una corrección a la tarea de la acusación, está ingresando al ámbito de las atribuciones que el artículo 120 CN confiere

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

a los fiscales. Es decir está ejerciendo, de alguna forma, la promoción de la acción penal.”

“Ante la apreciación de que la calificación penal usada por las partes no corresponde, el juez debe adoptar una de dos soluciones posibles: a) aplicar la solicitada por las partes; o b) absolver por no haberse reunido los presupuestos para una condena.”

“La condena será el camino a seguir cuando la calificación legal que hayan hecho las partes, comparada con la del tribunal, también corresponda. Por ejemplo, si el tribunal entiende que la conducta debe calificarse con una figura agravada, puede condenar por el delito básico si así lo pidió el fiscal. En los demás, casos, debe absolver”.

Concluye este autor expresando que, a su modo de ver, la búsqueda de formas procesales que tienden a salvar la potestad judicial que deriva del brocárdico, es una expresión de la resistencia de los jueces a abandonar poderes procesales que consideran propios e irrenunciables. Indica que “Frente a lo que el juez considera un error del acusador que eligió mal el enfoque jurídico, ¿por qué buscar la forma de ‘salvar’ la acusación? En muchos casos la práctica nos señala que el juez se siente responsable del éxito de la acusación, generalmente por un sentimiento que autocalifica de realizador de la justicia, pero que esconde una manifestación del viejo y querido espíritu inquisitivo, que, más temprano que tarde, tiende a aparecer. Y hoy es común que aparezca como alguna forma de desconfianza hacia los fiscales, por lo que el juez debe reservarse la última palabra para suplir sus falencias.

“El juez, valga la perogrullada, no es responsable de la acusación. Sí es responsable de que se respeten los derechos constitucionales de quien ha sido acusado ante su tribunal y de salvaguardar el principio de legitimidad del castigo estatal.”

He citado extensamente el trabajo de Albrieu porque, a mi modo de ver, refleja claramente la interpretación que debe realizarse a la luz del sistema acusatorio que debe regir en el orden interno.

Cabe recordar en este sentido –aunque referido a la pretensión punitiva del fiscal como límite de la jurisdicción–, que en el

voto de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti en el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Amodio, Héctor Luis” del 12 de junio de 2007, se señaló –por cierto, en minoría, porque la mayoría no abrió el recurso extraordinario–: “18) Que si el derecho de defensa opera como límite concreto de la función jurisdiccional, en el sub examine se verifica un exceso en el ejercicio de ella en la medida en que el juez sentenciante excedió la pretensión punitiva del órgano acusador e impidió con ello el pleno ejercicio de aquella garantía en lo que respecta a la individualización y proporcionalidad de la pena finalmente impuesta.”

“19) Que, en consecuencia, el fallo cuestionado no guarda una completa correspondencia con las circunstancias fácticas tenidas en cuenta por el órgano acusador para formular su requerimiento punitivo, razón por la cual la sentencia condenatoria se funda en elementos que no habrían sido incluidos en aquel acto procesal y respecto de los cuales Héctor Luis Amodio no ha tenido oportunidad de defenderse.”

“Además, al colocarse al procesado en una situación más desfavorable que la pretendida por el propio órgano acusador -lo cual implica un plus que viene a agregarse en una instancia procesal que es posterior a la oportunidad prevista para resistirlo- se vulnera también la prohibición de la reformatio in pejus cuyo contenido material intenta evitar precisamente que se agrave la situación jurídica del imputado sin que mediase requerimiento acusatorio en tal sentido.”

“20) Que aun cuando el art. 401 del Código Procesal Penal de la Nación parece autorizar lo que se ha calificado como exceso jurisdiccional, conviene recordar el aceptado principio según el cual jamás puede suponerse la inconsecuencia o falta de previsión en el legislador, por lo que, en cualquier caso, las normas de dicho cuerpo legal deben interpretarse de modo que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución (Fallos: 297:142; 300:1080; 301:460; 310:192, entre otros).”

d) En definitiva, entiendo que el principio *iuria novit curia* no puede ser aplicado en contra del imputado agravando la situación que ha

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

planteado el fiscal en el alegato si los argumentos desarrollados por el representante del Ministerio Público satisfacen los requisitos de motivación que le es exigido legalmente.

En primer término y como bien describe Abrieu, porque no creo que pueda disociarse tan fácilmente los hechos que constituyen el objeto del juicio de las normas que unos y otros entienden aplicables dado que, como vimos es incuestionable a esta altura, que no marchan por canales independientes hechos y derecho, sino que en la dinámica propia del juicio y del proceso, se produce una interacción entre ambos ya que la construcción del caso está orientada a una hipótesis típica determinada.

Los arts. 378, 384 y -en especial- 389 del Código Procesal Penal autorizan a los jueces a interrogar al imputado en su declaración indagatoria y, además, a hacerlo en primer lugar a los testigos. Está claro, y esto es una cuestión que surge de la experiencia común, las preguntas que se formulan tienen un claro sentido, no son casuales, porque no se busca reconstruir el hecho con un criterio meramente histórico, sino que lo hacen a base de las normas hipotéticas que podrán aplicarse. Si el juez pregunta a un testigo si el imputado le disparó al pecho y a corta distancia, o si estaba lejos, claramente está discerniendo entre una tentativa de homicidio y un abuso de armas. Así las cosas, si los jueces hicieran un uso acabado de esas facultades y, además, pueden aplicar el derecho que les plazca, sin tener en cuenta la postulación fiscal, es evidente que los valores del acusatorio se diluyen porque la actividad de las partes queda desdibujada, tomando los jueces en ese marco un rol protagónico y casi excluyente en desmedro de los principios de imparcialidad, igualdad de armas y asunción de la carga de la prueba a cargo del fiscal, que resultan la piedra fundamental del acusatorio (ver Observación General n° 32 del Comité del Derechos Humanos, párrafos 13, 21 y 30).

Como bien señala el Comité en esa Observación General, uno de los requisitos del principio de imparcialidad, como parte de los tres basamentos del sistema acusatorio, está en que “el tribunal debe

parecer imparcial a un observador razonable” (n° 21). Es claro que el juez, en ese contexto, juega el rol de un tercero imparcial que dirime un conflicto entre partes y también que el fiscal, por imperio del art. 120 de la Constitución Nacional y del art. 65 del Código Procesal Penal es el encargado de llevar adelante la acción penal y concretar cuál es la pretensión del Estado en cada caso concreto.

De tal forma, la función de la defensa es resistir ese embate para que aquel tercero imparcial dirima la contienda, en los términos planteados por las partes. Si el imputado y su abogado deben defenderse, además de su contrincante, del tribunal, necesario es sostener que éste no ha guardado el rol que le compete como tercero imparcial y se verá afectada, además, la igualdad de armas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Quiroga” del 23 de diciembre de 2004, -aunque referido a la constitucionalidad del art. 348 del Código Procesal Penal- ha señalado sobre el particular que: “23) Que aun cuando se pueda sostener que los fiscales cumplen, materialmente, una función judicial, en tanto, al igual que los jueces, aspiran a que el proceso finalice con una sentencia justa, lo hacen desde posiciones procesales diversas, y el ejercicio efectivo de la misión que a cada uno de ellos le compete se excluye recíprocamente: ni el fiscal puede juzgar ni el juez puede acusar. De otro modo, durante la instrucción el imputado debe defenderse no sólo de quien lo acusa, sino de quien decide, y de quien debería poder esperar independencia de criterio”.

Si el tribunal falla más allá de lo que pretendió quien ostentaba la calidad de titular de la acción penal pública, se constituye un supuesto de *plus petita* que conspira ciertamente contra la estructura acusatoria del sistema.

En consecuencia, entiendo que no resulta pertinente aplicar el principio enunciado en contra del encausado, tanto en el supuesto en que el cambio de calificación legal implique una modificación de los hechos, como porque la diferente adecuación típica agrave la situación del imputado contra el significado jurídico más leve escogido por el fiscal, porque la pretensión del fiscal constituye el límite del poder

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

jurisdiccional y la aceptación de esas decisiones implicaría poner en juego seriamente el papel del juez como tercero imparcial.

Es claro que, en ambos casos, se vulnera seriamente el derecho de defensa; en tanto que la exigencia de que los hechos queden inalterados, como la garantía de que la decisión del tribunal quedará limitada por las cuestiones introducidas por las partes, aseguran al imputado que la resolución que se adopte se ceñirá a esos parámetros, constituyéndose así reglas claras de juego en el que no es necesario especular con todas las variaciones que, en su contra, podrá idear el tribunal.

Como vimos, la doctrina actualmente no reconoce la vigencia del brocárdico en los extremos que postulaba –hace más de medio siglo– Carnelutti, esto es, sosteniendo que el juez, por ser culto, no necesita que lo instruyan sobre el derecho y debe aplicar la norma adecuada al caso más allá de lo que las partes discutieron. Existe acuerdo en que la modificación de la calificación legal por parte del tribunal no puede ser sorpresiva y debe mantenerse en los márgenes que la defensa pudo prever. Una variante, que postula Ledesma y menciona Alfonso en las citas consignadas más arriba, es remediar el giro que dará el tribunal con la información a las partes para que puedan debatir el significado jurídico alternativo, lo que permitiría un amplio ejercicio del derecho de defensa. Aunque esta última solución sería más respetuosa del derecho a un juicio justo, coincido con Albrieu en que tampoco de ese modo se subsanarían las complicaciones constitucionales de la aplicación del principio porque, como bien señala el autor citado, esa decisión, en sí misma, implica un avance del juez sobre las facultades que están en cabeza del fiscal. Es cierto que el órgano jurisdiccional tiene obligación de velar por el cumplimiento, por parte del acusador, del principio de legalidad, verificando que sus postulaciones no sean arbitrarias y estén sujetas a la ley; si no lo hace, su requerimiento será nulo. Pero no puede ir más allá supliendo su actividad por un criterio diferente o por no estar de acuerdo con los alcances de su acusación.

Es de destacar que la solución que propugno ha sido expresamente legislada en el Código Procesal Penal sancionado por ley 27.063 que aunque no se encuentra vigente, resulta un parámetro hermenéutico válido, en la medida que constituye un cuerpo normativo que expresa la actual voluntad del legislador en la materia. El art. 273 textualmente establece que “La sentencia no podrá tener por acreditados otros hechos o circunstancias que los descriptos en la acusación y, en su caso, en la ampliación de la acusación. Tampoco podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta, salvo que sea en beneficio del imputado siempre que haya sido objeto del debate. Los jueces sólo podrán resolver lo que haya sido materia de debate. No podrán imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores y deberán absolver en caso en que ambos así lo requieran”, mientras que el art. 105 expresamente establece que el juez no podrá suplir la actividad de las partes y deberá sujetarse a lo que hayan discutido.

e) Como quedó expuesto, en el caso de autos estos principios no fueron atendidos, porque el tribunal escogió una calificación jurídica más gravosa que la que había postulado el fiscal e impuso a dos de los imputados sanciones penales superiores a las que dicho magistrado había ponderado. Debe destacarse, asimismo, que el tribunal tampoco realizó una advertencia sobre esa posible modificación –necesaria para quienes postulan que la aplicación del art. 401 del actual código procesal penal requiere ese aviso– con lo que, desde mi punto de vista, es claro que esa decisión importó un exceso de jurisdicción, porque mediante ella se afectaron los principios esenciales del sistema acusatorio, la igualdad de armas, porque importó subrogarse en las facultades propias de la fiscalía con la consecuente afectación al derecho de defensa y de imparcialidad, en la medida en que avanzar sobre las facultades propias de la acusación importan el abandono del particular rol del juez en el proceso, esto es, actuar como un tercero imparcial que dirime un conflicto de intereses entre las partes.

Esa afectación al derecho de defensa se ha dado en el caso, no sólo por la calificación más gravosa escogida por el tribunal sino

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

también porque se ha impuesto a los encartados una pena más elevada que la que requirió el fiscal en el juicio, por lo que corresponderá, en este aspecto, casar la decisión recurrida.

3) a) La defensa también se agravió por la declaración de reincidencia del imputado Guantay, señalando que a su criterio dicho instituto requiere que el condenado haya cumplido un lapso superior a los dos tercios de la condena anterior y que ello no se verificaba en el caso del encausado.

b) Aunque como quedó expuesto la esforzada defensa no ha planteado en el caso la inconstitucionalidad del art. 50 del Código Penal, ante la decisión de mi distinguido colega Dr. Magariños desarrollada en el punto VII de su voto, en el sentido de que corresponde esa declaración, de acuerdo a su conocido criterio desarrollado en esta Cámara en el caso “Obredor” allí citado, debo señalar que no comparto esa solución, por los argumentos que expresé en la causa CCC 1070/2006/TO1/1/CNC1, caratulada “Legajo de ejecución penal en autos Olea, Héctor Federico s/robo con armas” (Rta. 24/6/15, Reg. n° 192/2015).

Sentado lo expuesto, debo señalar mi posición sobre el tiempo de cumplimiento de pena que es necesario para que se torne operativa la declaración de reincidencia. He de aclarar que he fijado mi posición en diversos precedentes, entre ellos en la causa “Carmona, David Oscar”, n° 5288 del Tribunal Oral de Menores n° 1, del 26 de marzo de 2009, cuyos lineamientos seguiré a continuación.

c) La jurisprudencia mayoritaria, actualmente, considera que según la redacción del art. 50 del Código Penal, cualquier tiempo de cumplimiento parcial de pena es suficiente para la reincidencia, de acuerdo a la doctrina del plenario “Guzmán, Miguel F.” del 8 de agosto de 1989 (L.L. 1989-E, p. 165); con lo que el examen de ese precedente resulta esencial para verificar si, casi veinte años después, debe mantenerse aquel criterio.

En el fallo plenario de mención, valga recordarlo, se habían planteado dos interrogantes; el primero, si el tiempo que el condenado

cumplió en detención y prisión preventiva debe considerarse como tiempo efectivo de la pena y, el segundo, si cualquier lapso cumplido bajo régimen de condenado basta para ser considerado cumplimiento parcial de pena. Curiosamente, aunque la primera cuestión quedó zanjada por mayoría, en la segunda – crucial, para nuestro caso – hubo empate, once contra once, definiendo la situación el voto doble del presidente del tribunal; con lo que puede observarse lo discutible que era la solución a la que arribó la Cámara en lo Criminal y Correccional y, por ende, la necesidad de revisar ese criterio, a la luz de los sustanciales cambios legislativos y jurisprudenciales que se han dado desde entonces.

Entre los que quedaron en minoría, se encontraba el doctor Elbert quien señaló: *...II. Los problemas interpretativos a que da lugar el art. 50 no se agotan en la determinación del cumplimiento de pena, sino que continúan con el de la determinación del límite temporal a que obliga la fórmula "total o parcialmente" del citado precepto. En este aspecto de la problemática puedo ya apoyarme en la posición de la sala VI, a que hice referencia al comienzo."*

*"En la causa 10.734 "Juárez H., latrocinio", del 19/6/84, se fijó por primera vez posición en la materia, con primer voto del doctor Zaffaroni, al que adhiriera el doctor Donna, y que me permito glosar por su claro planteo. Las posibilidades barajadas por el doctor Zaffaroni fueron las siguientes: Cumplimiento parcial podría ser: a) Cualquier tiempo que el penado haya estado privado de libertad, sea como procesado o condenado. b) Cualquier tiempo que el penado hubiese estado cumpliendo pena como condenado. **c) Un tiempo que exceda de la mitad del tiempo de la pena, en que haya permanecido el penado cumpliendo pena como condenado.** d) Un tiempo que exceda de los dos tercios del tiempo de la pena, en que haya permanecido el penado cumpliendo pena como condenado."*

"Se descarta la primera, por las razones que antes he dado sobre la sustancia real que se asigna ahora en nuestra ley penal a los institutos bajo análisis. La segunda tesis debe descartarse conforme al concepto que hemos delimitado para el cumplimiento de pena y porque, como dice el doctor Zaffaroni, aceptar cualquier tiempo puede implicar retrotraernos al sistema de reincidencia ficta".

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

“Este es también el punto de vista del voto mayoritario de la Cámara en lo Penal de San Martín, del 3/7/86, núm. 39.585.”

“La tercera posibilidad se basa en una intención más equitativa, pero debe descartarse, por su falta de sustento legal al apoyarse sólo en lo estimativo. Por fin, se apoya el último criterio porque está tomado analógicamente de la ley penal, en lo referente a la libertad condicional, institución ahora fuertemente vinculada al instituto de la reincidencia. Cabe pensar que los dos tercios de la pena anterior sean el mínimo relevante de la eficacia del cumplimiento de la pena en cuanto tratamiento, y que este criterio sirve también para determinar cuándo se alcanza una magnitud importante de prevención especial. Por fin, es la más garantizante de las posibilidades, conforme a la Constitución, para proteger los intereses del justiciable.”

“En el caso ‘Juárez’ se estaba ante una pena que no superaba los 3 años, y se resolvió respetar los dos tercios como criterio frente al año o los 8 meses del art. 13 del Cód. Penal, porque esos supuestos atenúan las consecuencias de una pena menor, y por ende no puede servir para fundar un agravamiento de consecuencias, en lo referente a reincidencia.”

El doctor Navarro directamente se remitía a la ley de ejecución penal entonces vigente -14.467 – (que los otros consideraban insuficiente para asociarla con el tiempo de pena necesario para la reincidencia) estableciendo que *“la iniciación del período de prueba abre la posibilidad de reincidencia”*.

El Dr. Tozzini, al que adhirieron varios de sus colegas expresó: *“...Hace ya unos cuantos años puse de manifiesto (en ‘Los procesos y la efectividad de las penas de encierro’, ps. 37 y sigtes., Ed. Depalma, 1978) que, mientras el art. 1º de la ley penitenciaria fijaba la readaptación social del condenado como objeto de la ejecución de las penas privativas de libertad, prácticamente todo el sistema de progreso en el cumplimiento de la sanción se asentaba sobre las clasificaciones del interno en materia de ‘conducta’ y ‘concepto’, regidas directamente por la adaptación del individuo a los reglamentos internos de las unidades, pensados más para la disciplina que para la ‘resocialización’. Esto, repito, no ha sido modificado aún, puesto que el art. 11 del mencionado reglamento interno se apoya todavía, a partir de las fases de preconfianza, confianza y de período de prueba, en*

tales patrones y no, en cambio, en una verdadera personalización de un tratamiento - progresivo para la reinserción social, cuyas exigencias son del todo opuestas a una permanente y vigilada reglamentación de la voluntad. Tampoco este desfase, no ya conceptual sino de fondo, lo puede arreglar la supervisión de los progresos por parte del Consejo Correccional, compuesto íntegramente por funcionarios del Servicio Penitenciario.”

“Sin que en lo personal comparta absolutamente todos los cuestionamientos al sistema penal y penitenciario, creo que, a no dudarlo, la ley 23.057 ha cambiado el sistema de la ‘reincidencia ficta’ por un sistema de ‘reincidencia real’, que logró el objetivo de ralear las cárceles de sujetos otrora considerados reincidentes, pero que, en el fondo, no deja de ser un sistema tan ficto como el derogado, al no procurar soluciones más que a los problemas actuales, en vez de enfocar los que exige la realidad político-criminal, como la que llevó en Alemania a la directa supresión de la institución de la reincidencia.”

“Mientras esto no ocurra en nuestra legislación, y el intérprete o el juzgador se vean liberados de tener que ubicar dogmáticamente a la reincidencia, sea entre las calidades de autor, sea como particular estructura caracterológica de la reprochabilidad, no cabe, a mi juicio, otra solución al tema planteado que la de considerar por cumplimiento parcial de la pena todo tiempo de encierro que, tras el dictado de una condena firme de prisión o reclusión, incluyendo las perpetuas, de cumplimiento efectivo, permita al condenado solicitar su liberación condicional, a cuyo efecto corresponde también computar el tiempo transcurrido en prisión preventiva (art. 13, 14 y 24 del Cód. Penal)”.

“Este criterio atiende, como dije, a la consideración jurídica de otorgar al nuevo art. 50 del Cód. Penal una interpretación más acorde con su verdadero espíritu de crear una reincidencia real, a diferencia de la puramente ficticia que imponía la ‘ley 21.338’, al exigir únicamente la preexistencia de una condena firme anterior, aunque el individuo hubiese estado detenido sólo el plazo, en ocasiones, de la incomunicación y la condena hubiese sido dictada en suspenso.”

“El plazo de cumplimiento en sujeción física, entonces, en el sistema del Cód. Penal, busca afirmar un tiempo suficiente de encarcelamiento del sujeto, que demuestre que éste, lejos de dejarse intimidar y contramotivar por acciones adecuadas a derecho, se ha rebelado nuevamente contra la norma incriminadora, con total

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

menosprecio del conocimiento, así adquirido, del desvalor ético-social de la nueva acción de sus consecuencias penales.”

“Tal lo que surge, a mi juicio, de las instituciones de nuestra ley penal, puesto que, como dije, la concepción legal penitenciaria, al no poderse tomar como modelo de política ‘resocializante’, no permite determinar, más allá de lo enunciativo, etapas de ‘cumplimiento’”.

Con la agudeza y la claridad que caracterizaban sus votos, el doctor Guillermo Ouviaña, señalaba: *“...En primer lugar, el texto legal es oscuro debido al tipo de palabra que ha empleado el legislador. El sustantivo ‘parte’ - utilizado en su modalidad adverbial- se comporta como un símbolo ambiguo, pues no revela, con precisión, su correlato semántico. No me refiero a los variados sentidos que la palabra pueda tener en nuestro idioma, pues por razones contextuales y por su oposición a la expresión ‘total’, resulta indudable que significa fracción, trozo, tramo, división, ración o intervalo de un todo. La ambigüedad consiste en que tanto el símbolo ‘parte’ como cualquiera de los referidos sinónimos, carecen de significación completa, precisa y general. Por el contrario, tienen inevitable dependencia con algún criterio o regla de partición, y sólo a partir de su mutua integración, el intérprete podrá definir la concreta medida de una parte. Partir es un sinónimo de dividir, y por una regla elemental que regula esta operación aritmética, no es posible determinar con exactitud la medida de la parte dividida (cociente) si no se indica cuál será el divisor que operará sobre el todo (dividendo). Las distintas tablas de la división constituyen la codificación de las formas válidas de realizar una correcta partición.”*

“En segundo lugar, el art. 50 usa la palabra sin señalar el indispensable criterio de partición. La fórmula de la tercera hipótesis de reincidencia, queda, así, huérfana de apoyo contextual, dejando a la expresión ‘parcialmente’ en toda su virtual ambigüedad. En efecto, el símbolo no tiene referencias limitadoras, como ocurriría si, por ejemplo, hubiera sido adjetivado (vg. ‘grande’, ‘mayor’, ‘igual’, ‘menor’...). Por lo tanto cualquier tamaño de esa parte de pena parecería tener igual importancia para la reincidencia. Tampoco el legislador ha establecido una definición del tiempo en términos exactos como lo ha hecho en otros supuestos, sea de modo indirecto por medio de un porcentaje proporcional con el todo, sea a través de una cantidad fija. El primer criterio encuentra su modelo más preciso en la partición por

la división hereditaria, regulado por el Cód. Civil (partes iguales 3595; 1/4 (3579); 1/3 (3589); 1/2 (3571), 2/3 (3594); 4/5 (3593)...).”

“Este procedimiento también aparece en el Cód. Penal, en ciertos institutos (1/2 para la pena máxima del delito imposible; de 1/3 a 1/2 para la pena de la tentativa; 1/4 en el supuesto del art. 223; el doble de pena, en el art. 235 “in fine”; 2/3 en uno de los casos de la libertad condicional, art. 13). En otros casos, la parte queda directamente determinada por una cantidad fijada por el legislador (vg. 20 años de encierro efectivo, en el art. 13; 5 años de cumplimiento de la accesoria, en el 53, 15 años en el supuesto del art. 10, inc. b), ley penitenciaria nacional...).”

“Si se comparan estas formulaciones legales del concepto de ‘parte’ con el caso que nos ocupa, se podrá apreciar que en el art. 50 del Cód. Penal, no se adoptaron ninguna de las posibles alternativas. Tampoco se ha remitido a alguna de ellas (como por ejemplo se hace en el art. 218 ‘in fine’, Cód. Penal). Y tal omisión cobra aún más relevancia, si se recuerda que este preciso art. 50 del Cód. Penal (en su ubicación original como art. 53) contenía para la medición del tiempo de la reincidencia, la expresa remisión al art. 65.”

“Por lo tanto, la expresión ‘parcialmente’ no encuentra en su contexto, adjetivación que la limite, cantidad que la identifique, relación proporcional que indirectamente la mida, ni tampoco remisión a otras reglas del propio Código o del resto del ordenamiento jurídico”.

“Tal orfandad no tendría mayor importancia si se tratara de un texto sometido a una interpretación que se moviera exclusivamente en los niveles de la lógica, de la sintaxis, o de la matemática. En efecto, en tales casos, al advertir el intérprete la ausencia de la regla de partición o divisor, la cuestión se resolvería fácilmente, ya por el camino de postergar la operación hasta tanto no se esclarezca la ambigüedad del símbolo, ya por la elección libre y voluntaria del delegado criterio de partición.”

“Pero, tratándose de una interpretación judicial de la ley, ninguna de esas dos posibilidades está a nuestro alcance. La primera, por expresa prohibición del art. 15 del Cód. Civil; la segunda, por elementales principios constitucionales (arts. 16, 18, 19 y 31, Constitución Nacional; art. 12, Cód. de Proced. en Materia Penal)”.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

“Por lo tanto, resultando ineludible la tarea de interpretar el citado pasaje de la ley, deberá buscarse con suma prudencia las bases o puntos de orientación que permitan explicitar el significado que, dentro de la vaguedad conceptual del lenguaje del legislador, ofrezca la menor cantidad de reparos u objeciones.”

“Confío en que si se toma como punto de partida la diferencia existente entre el tiempo ‘real’ y el tiempo ‘jurídico’, se podrá comprender cuál es la orientación que debe seguir el intérprete, y se podrán evitar, así, aplicaciones arbitrarias del texto que examino.”

“En efecto, mientras el tiempo ontológico es un devenir continuo, permanente y homogéneo, la temporalidad jurídica -en este caso la relativa a la ejecución de la pena- carece de tales atributos. Por lo tanto, las distintas ‘partes’ de la reclusión o de la prisión no son jurídicamente equivalentes, pues los diferentes intervalos no tienen la misma virtualidad para el derecho penal y para el derecho penitenciario.”

“Tal caracterización -la heterogeneidad jurídica de los distintos momentos de una pena- permitirá evitar cierto tipo de interpretaciones literales, lógicamente admisibles, pero que a mi entender, constituirían una verdadera aplicación arbitraria del art. 50.”

“En algunos casos extremos las consecuencias absurdas denunciarían los excesos y errores del intérprete. Así, por ejemplo, si se entendiera que siendo el día "el mínimo intervalo de tiempo" (arts. 24, 29, Cód. Civil y art. 77, Cód. Penal) y requiriéndose la ejecución parcial de la pena para ser reincidente, se llegará a calificar como tal a quien cometa un nuevo delito, 24 horas después de haber comenzado a cumplir la condena. Digo que esta interpretación llegaría a conclusiones absurdas, porque a través de ellas el Intérprete habría consumado una ilegítima ultraactividad del derogado sistema de reincidencia ficta, pues la diferencia de 1 día, relevante para una medición matemática del tiempo cronológico, es absolutamente insignificante -esto es, carente de sentido- para una evaluación jurídica de los tiempos de la pena. En sentido opuesto, también se llegaría a efectos absurdos, si el intérprete marchara en dirección contraria y sólo valorara como cumplimiento parcial de la pena, el mayor tiempo de ejecución penal, y despreciara, tramos, etapas y fases de ejecución que tienen explícita y clara repercusión jurídica. En este último supuesto, el intérprete haría funcionar indebidamente, a lo tercera hipótesis de reincidencia, como si fuera idéntica

a las dos anteriores, consumando así una ilegítima extensión del sistema real, en contra de lo expresamente elegido por el legislador.”

Por lo tanto, la búsqueda del sentido de la oscura expresión legislativa, debe hacerse exclusivamente en base a la relación que debe tener el devenir temporal de una condena y las distintas consecuencias que, para el derecho, puedan tener cada uno de los diversos intervalos. Claro está que, si las consecuencias absurdas han servido para denunciar la arbitrariedad de las interpretaciones literales en los casos expuestos, no resultará tarea fácil discriminar los momentos relevantes de los irrelevantes, a medida que nos alejemos de ambas situaciones extremas. En efecto, en tanto se avance a una u otra dirección, el intérprete tendrá dificultades para reconocer, sin lugar a dudas, los tiempos de pena que puedan ser significativos para la reincidencia.”

“Esta dificultad no podrá ser salvada, a mi entender, de un modo igualmente convincente para todos los tramos de ejecución. No existe pauta legal precisa y, como ya he dicho, tampoco criterios de partición explícitos. Si se recuerda que, además, la interpretación plenaria es obligatoria para los magistrados, el tribunal debe extremar su prudencia en la búsqueda y fundamentación de la solución doctrinaria del problema.”

“Si el reconocimiento de la "parte" penalmente significativa de la ejecución penal, se realiza sobre la base del ordenamiento restante, seguramente la falta de un criterio legal podría ser sustituido por una óptima construcción dogmática. Pero, este tipo de solución debe ser formulado de modo tal que, en su contrastación con la totalidad del ordenamiento jurídico, no resulte falseado. Tal recaudo epistemológico es imprescindible, pues no resultando fácilmente detectables los excesos interpretativos, fuera de los casos extremos a que hice referencia, la discrecionalidad judicial debe fundarse en la totalidad de las normas positivas atinentes al caso y compatibles entre sí. Estos recaudos no han sido satisfechos, en mi opinión, por una de las soluciones formuladas en el presente acuerdo. Estimo, concordantemente con quienes propician la interpretación basada en los ‘2/3 de la pena’ que la solución debe fundarse en el régimen de ejecución penal. Pero, disiento en lo relativo a tomar a la libertad condicional como única base dogmática de solución, por las razones que paso a exponer.”

“Las penas restrictivas de la libertad que deban ejecutarse con encierro del penado, se encuentran sometidas a la regulación de la ley penitenciaria nacional

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

(dec. 412/58, ratificado por ley 14.467). En virtud de su art. 5º, tanto la reclusión como la prisión deberán cumplirse conforme al sistema penitenciario progresivo, a través de tres etapas: observación, tratamiento y prueba.”

“Por lo tanto, para lograr un criterio de partición en la tercera hipótesis de reincidencia, resulta razonable indagar en el citado régimen legal, los efectos jurídicos que deben producir las distintas secuencias temporales, o ‘partes’ de la ejecución penal. Como se verá a continuación, la citada ley corrobora nuestra caracterización del tiempo jurídico como una heterogeneidad, ya que no existe identificación, analogía o equivalencia entre todas las partes de una pena.”

“Es evidente que siendo el sistema progresivo una sucesión penitenciaria en tres etapas, la regulación legal de cada una de ellas puede constituir la base dogmática de solución del tema que nos ocupa. Y estimo que, al menos dos de esas etapas, permiten dar solución fácil a la debatida cuestión.”

“En primer lugar, debe rechazarse como parte de ejecución penal jurídicamente relevante, el tiempo de pena correspondiente a la primera de las tres etapas del régimen penitenciario. En efecto, durante la ‘observación’ (art. 6º, ley penitenciaria nacional) el interno es un mero objeto de actividad penitenciaria, la que pretende realizar su diagnóstico y pronóstico criminológicos, así como decidir la estrategia más adecuada a su situación particular. Por lo tanto, cuando el tiempo de pena no ha pasado de esta primera etapa, aquél carece de relevancia para la reincidencia. Tal solución impedirá tanto la comentada ultraactividad del régimen ficto, como el manejo arbitrario de la fórmula legal, y, en consecuencia, no otorgará calidad de tiempo de reincidencia a intervalos insignificantes. Asimismo, estimo que tampoco ofrece dificultades la solución del citado problema, cuando el interno se encuentre en la etapa de prueba. En efecto, para que ella tenga lugar, debe haberse agotado el tratamiento del interno. Precisamente todo sistema progresivo se caracteriza por reservar para la última etapa, ciertas modalidades de ejecución que siendo menos rigurosas para el penado, permitan, además, evaluar los resultados obtenidos en las etapas anteriores.”

“En nuestro régimen legal, el período de ‘prueba’ constituye la última etapa de ejecución penal. En consecuencia, quien se encuentre en ella, no sólo ha cumplido una ‘parte’ de la pena, sino la parte jurídicamente más relevante, para evaluar su conducta y concepto.”

“Por lo tanto, quien comete un delito después de transcurridos los tiempos mínimos previstos para el régimen de prueba, se encuentra en condiciones de ser declarado reincidente.”

“Pero, esta solución no sería compatible con nuestro ordenamiento jurídico si no se ajustara a sus precisiones. Es aquí, donde disiento con algunos de mis colegas, pues no me parece razonable limitar la etapa de prueba al único caso de libertad condicional. No conozco la razón por la cual deba modificarse el art. 8º de la ley penitenciaria nacional, y eliminar los supuestos restantes. Como es sabido, la aludida disposición regula el período de prueba a través de tres institutos: (a) incorporación del interno a un ámbito penitenciario que se rija por el principio de autosuficiencia; (b) salidas transitorias del establecimiento; (e) libertad condicional.”

“Por otra parte, tanto la ley penitenciaria nacional (art. 10) como el reglamento vigente (resolución 730 del 13/8/86), han señalado con precisión cuáles son los tiempos mínimos que posibilitan la concesión de las dos primeras modalidades de prueba, y recordando que el Cód. Penal, ha hecho lo propio respecto a la libertad condicional, nuestro ordenamiento brinda reglas precisas para medir las partes relevantes de ejecución penal, en cada uno de los tres casos citados.”

“Si un penado se encuentra en la etapa de prueba, esto es si ya ha cumplido por lo menos el tiempo de ejecución que permita cualquiera de las aludidas modalidades, la comisión de un nuevo delito podrá producir los efectos del art. 50 del Cód. Penal. El intérprete deberá remitirse, en cada caso, al art. 18 del citado reglamento, al art. 10 de la ley penitenciaria nacional o el art. 13 del Cód. Penal, y conforme a los respectivos plazos legales, resolver la cuestión.”

“Esta interpretación permite contar con un criterio objetivo fundado en la totalidad del sistema jurídico vigente, lo que posibilitará denunciar como arbitrarias aquellas interpretaciones que desconozcan tramos relevantes de ejecución penal, y apliquen, indebidamente, a la tercera hipótesis el régimen legal previsto para las dos anteriores, esto es, el modelo ortodoxo de reincidencia real.”

“Como adelanté, la necesidad de atenernos a la totalidad del sistema legal vigente y a la compatibilización de sus pautas, me lleva a disentir con la propuesta de los 2/3 como equivalentes a cumplimiento parcial de la pena. Pero, además observo que tal propuesta no sólo no respeta las restantes modalidades de prueba, sino que tampoco atiende al régimen del invocado art. 13 del Cód. Penal, en

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

el cual el criterio de partición sigue tres procedimientos diferentes: penas perpetuas, penas mayores de 3 años, y penas hasta 3 años. No conozco la razón por la cual estos 3 casos distinguidos por el codificador deban quedar reducidos a uno, ni tampoco alcanzo a comprender cómo podrá calcularse los 2/3 sobre penas perpetuas, ni por qué deban identificarse dos especies que, como la reclusión y la prisión, el legislador ha querido separar en el propio artículo que se invoca.”

“Por otra parte, el sentido común parece señalar que en el art. 13 el codificador ha elegido plazos extensos de la pena, para poder conceder el egreso anticipado al interno. Pero, no se advierte en base a qué principio o criterio, también debiera exigirse la mayor parte de la pena, para calificar al sujeto que vuelve a delinquir, como reincidente, cuando la fórmula legal, tercera en esta hipótesis, no exige el cumplimiento total, no requiera que se trate de la mayor parte de la pena, y tampoco se remite al art. 13 del Cód. Penal.”

“Por tales razones considero que la interpretación destinada a suplir el silencio de la ley con una construcción dogmática, no puede elegir como fundamento una sola institución del sistema progresivo vigente, y rechazar las restantes, igualmente atinentes. Y tampoco puede realizarse una elaboración de regla dogmática en la reincidencia, distorsionando la estructura, presupuestos y explicitaciones del legislador en la norma que se invoca y emplea.”

“En consecuencia, no encuentro justificado limitar la solución del caso planteado al único supuesto de la libertad condicional, ni comparto la sustitución de su régimen vigente por el criterio generalizado de los 2/3.”

“Finalmente, queda por resolver la situación del interno que sólo ha ejecutado la pena en un tiempo anterior al régimen de prueba. Como es sabido, el período anterior tiene como objeto efectuar el tratamiento penitenciario a través de cuatro fases (orientación, socialización, preconfianza y confianza). En esta etapa de tratamiento, la ambigüedad de la fórmula de la reincidencia no permite encontrar precisiones objetivas y generales. Por lo tanto, recordando lo dicho respecto a la

prudencia con la cual el tribunal debe elaborar la pauta jurisprudencial que supla la orfandad del texto legal, me inclino a negar significación de ‘parte relevante’ al tramo de condena que no haya llegado a los tiempos mínimos previstos para el régimen de prueba.”

“Por todo lo expuesto, respecto a la segunda cuestión planteada. Voto:

1. A los fines del art. 50 del Cód. Penal no basta para considerar "cumplimiento parcial de la pena", cualquier lapso cumplido bajo régimen de condenado. 2. Deberá considerarse parcialmente cumplida la pena, a los fines de la reincidencia, cuando hubieran transcurrido cualquiera de los tiempos mínimos del régimen de prueba, establecidos en las respectivas disposiciones vigentes (art. 13, Cód. Penal, art. 10, ley penitenciaria nacional, art. 18, resolución del Servicio Penitenciario Nacional 730/86) (la negrita me pertenece)”.

Como puede observarse, entre quienes consideraron que no bastaba cualquier tiempo de cumplimiento de pena para generar reincidencia, en los términos del art. 50 del Código Penal, existieron dos grupos claramente diferenciados: los que entendieron que debía haber cumplido las dos terceras partes de la condena – necesarias, para obtener la libertad condicional – y los que coligieron que debía el condenado haber avanzado en el régimen de progresividad que la ley de ejecución entonces vigente establecía.

Es menester aclarar que, los del primer grupo admitían que la interpretación del término “parcialmente” del art. 50 debía estar directamente asociada con la ley de ejecución, pero consideraban que esa tarea hermenéutica no podía llevarse a cabo por las imperfecciones de aquella ley. Así, Elbert claramente señaló que la tercera hipótesis de las que planteaba –que “parcial” era un tiempo que excedía la mitad del tiempo de la pena, en que haya permanecido el penado cumpliendo pena como condenado – era la más equitativa, aunque se debía desechar por falta de sustento legal. Iguales reparos tuvo el Dr. Tozzini, con relación a la consideración del tiempo parcial de pena suficiente para considerar reincidente a un individuo y a las deficiencias – que remarcó – de la ley 14.467. Mientras que otros, como vimos, optaron por asociar

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

directamente el tiempo de pena con esa norma, aún con los defectos que le reconocieron.

d) Ese panorama ha sido sustancialmente modificado por la ley 24.660 que viene a dar una *respuesta concreta a esta necesidad al incorporar las nuevas tendencias de la penología internacional, al recepcionar nuevas modalidades sustitutivas de la prisión, como la semidetención, la prisión discontinua, la prisión diurna o nocturna, etc., poniendo asimismo su centro de atención en la etapa pospenitenciaria y preparando al penado para su posterior liberación...*(Carlos Enrique Edwards “Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad”, Ed. Astrea, Bs. As., 2007, p. 2). La nueva ley, como es sabido, prescribe que *La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad. Para cumplir con este objetivo, el régimen penitenciario se debe basar en la progresividad, procurando limitar la permanencia del condenado en establecimientos cerrados y promoviendo en lo posible y conforme su evolución favorable su incorporación a instituciones semiabiertas o abiertas o a secciones separadas regidas por el principio de la autodisciplina* (arts. 1 y 6 de la ley 24.660).

Establece, además, cuatro períodos dentro del régimen de progresividad (observación, tratamiento, prueba y libertad condicional), siendo en el período de prueba cuando el condenado puede ser incorporado al régimen de semilibertad u obtener salidas transitorias; uno de los requisitos esenciales, es haber cumplido –para las penas temporales – la mitad de la condena (arts. 15 y 17).

Es menester destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Verbitsky, Horacio” del 3 de mayo de 2005 y en el fallo “Hugo Alberto Romero Cacharane” del 9 de marzo de 2004, destacó que la ley 24.660, reglamenta adecuadamente las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre el tratamiento de reclusos, refiriendo, en el último precedente: *“17) Que los principios de control judicial y de legalidad también han sido explícitamente receptados por la ley 24.660 de ejecución de pena.”*

“El art. 3 expresa que La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, estará sometida al permanente control judicial. El juez de ejecución o juez competente garantizará el cumplimiento de las normas constitucionales, los tratados internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos internacionales ratificados por la República Argentina y los derechos de los condenados no afectados por la condena o por la ley”.

“El Poder Ejecutivo al enviar al Congreso de la Nación el proyecto de la ley 24.660 expresó que ‘el texto propiciado recoge los preceptos constitucionales en la materia, los contenidos en los tratados y pactos internacionales y las recomendaciones de congresos nacionales e internacionales, particularmente las emanadas de los realizados por las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, la legislación comparada más avanzada y diversos anteproyectos nacionales’; y agregó que la finalidad de la ley era ‘revalidar los altos objetivos que deben guiar la ejecución de la pena privativa de libertad [y] la garantía de legalidad en su ejecución...’ (Antecedentes Parlamentarios. Tomo 1997 - A. Ed. La Ley, págs. 63/64 párrafos 6º y 8º).”

“La exposición del miembro informante ante la Cámara de Senadores al presentar el proyecto reiteró que el mismo se inspiraba en los principios de tratados internacionales y especialmente en las recomendaciones de las Naciones Unidas, y agregó que la ley ‘consagra el pleno contralor jurisdiccional de la ejecución [de la pena]’ (Antecedentes Parlamentarios, op. cit. pág. 127, par. 88).”

Así las cosas, advierto que el panorama que tuvieron en cuenta los distinguidos Magistrados que votaron en el plenario “Guzmán” ha variado radicalmente, más allá del estrecho margen con que se resolvió ese precedente, con el voto doble del presidente ante el empate en las posiciones; y sin embargo, durante los últimos veintiséis años se ha aplicado esa jurisprudencia, que, como bien señalaba la minoría implicaba mantener, de hecho, el régimen de reincidencia ficta que el legislador había desechado, a pesar de que la sanción de la 24.660 permitía efectuar una armónica interpretación del art. 50 del CP con las disposiciones de esta norma.

Porque, como puede apreciarse fácilmente, los reparos que tenía el doctor Elbert para aplicar la tercer alternativa de las que enuncia,

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

por falta de encuadramiento legal, hoy han sido superados, porque, justamente, la ley de ejecución exige el cumplimiento de la mitad de la condena para ingresar al período de prueba. Y las fundadas críticas del doctor Tozzini al funcionamiento de la ley penitenciaria antigua, por falta de control judicial sobre la actividad de la autoridad administrativa sobre los condenados, también se superó, merced al estricto control judicial que la nueva ley establece y que la Corte Suprema hizo valer en “Romero Cacharane”. Ahora se han establecido racional y cuidadosamente los distintos pasos que debe cumplir el condenado para obtener algún modo de salida, para probar que está en condiciones de reintegrarse a la sociedad; entre esos requisitos está el haber pasado por el período de tratamiento y haber llegado a la mitad de la condena.

En consecuencia, si *“el instituto de la reincidencia se sustenta en el desprecio que manifiesta por la pena quien, pese a haberla sufrido antes, recae en el delito. Lo que interesa en ese aspecto es que el autor haya experimentado el encierro que importa la condena, no obstante lo cual reincide demostrando su insensibilidad ante la amenaza de un nuevo reproche de esa naturaleza, cuyo alcance ya conoce. Se manifiesta, así, el fracaso del fin de prevención especial de la condena anterior, total o parcialmente padecida”* (Conf. considerando 5º de “Gómez Dávalos”), es el propio Estado, entonces, el que ha establecido cuándo puede considerarse que el condenado no ha sido permeable al tratamiento instaurado por la ley 24.660, ya que la propia norma ha estimado necesario para considerar que el condenado ha recibido elementos suficientes para convivir pacíficamente en el medio social, que haya cumplido por lo menos la mitad de la condena, puesto que según el art. 17, en las penas temporales, ese es el lapso ineludible para acceder a las salidas transitorias que constituyen las primeras medidas de prueba, luego del período de observación y tratamiento.

De manera tal que, desde mi punto de vista, el cumplimiento parcial del que habla el art. 50 del Código Penal, no puede ser cualquier tiempo en que el condenado ha estado encerrado. Por el contrario, debe el Estado –y el Ministerio Público Fiscal – demostrar que ha sometido al condenado al tratamiento resocializador que la propia ley

reglamenta y que no ha cumplido con las expectativas de resocialización instauradas por la ley de ejecución. Sólo en ese caso, como bien recuerda el doctor Tozzini en “Guzmán” podrá sostenerse que el condenado *lejos de dejarse intimidar y contramotivar por acciones adecuadas a derecho, se ha rebelado nuevamente contra la norma incriminadora, con total menosprecio del conocimiento, así adquirido, del desvalor ético-social de la nueva acción y de sus consecuencias penales.*

En definitiva, la interpretación armónica del art. 50 del Código Penal y de la ley 24.660 sólo puede conducir a la conclusión de que, para ser reincidente, es necesario haber cumplido, al menos, la mitad de la condena anterior y haber sido sometido al régimen de progresividad que prevé la ley de ejecución penal, habiendo pasado por los períodos de observación y tratamiento.

e) En el caso de autos, observo que el condenado Guantay había cumplido un lapso más que suficiente, en los términos expuestos, puesto que en la sanción penal de dieciocho años y nueve meses que oportunamente había dictado el Tribunal Oral en lo Criminal n° 17, en la causa n° 2800, se le había otorgado la libertad condicional, tras haber transcurrido en prisión más de doce años y ocho meses, por lo que, desde mi punto de vista, el recurso de casación interpuesto por este agravio debe ser rechazado.

4) El juez Magariños sostiene en el cuarto apartado de su exposición que el robo con arma de fuego atribuido a Ullúa y Guantay concursa idealmente con el de portación de arma de guerra, aspecto con el que coincido, aunque a mi modo de ver el art. 54 del CP debe aplicarse entre el delito contra la propiedad y el de tenencia de arma de guerra, conforme lo expuse más arriba.

En cuanto a la determinación de la pena, advierto que, ciertamente, de acuerdo a la imputación, la pena solicitada por el señor Fiscal General en su acusación, que excedía en cuatro meses el mínimo de uno de los robos atribuidos resultaba sumamente benévola. Pero como esa pretensión del titular de la acción pública operaba como un límite a los juzgadores, entiendo que corresponde atenerse a la petición

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

fiscal en esta causa, que fue la materia sobre la que se ejerció el derecho de defensa. De acuerdo a ello, propongo al acuerdo condenar a los imputados a la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas, como coautores de robo con arma de fuego reiterado en dos oportunidades –en concurso real– y tenencia de arma de guerra en el caso de Guantay y Ullúa –en concurso ideal–. En tal sentido, advierto que el tribunal en la sentencia ha brindado fundamentos suficientes sobre las características de los hechos y la situación personal de los imputados que justifican, en el contexto mencionado, la sanción penal discernida por el señor Fiscal.

Finalmente, coincido con mi distinguido colega en que, por las razones que desarrolla en el punto VI corresponde declarar la nulidad parcial de la sentencia y, con una distinta integración del tribunal oral, efectuarse una nueva discusión para que se determine la pena única que corresponde al imputado Guantay, aunque, claro está, con la sanción penal que, por lo que expuse, corresponde aplicar en esta causa.

En definitiva, propongo al acuerdo, hacer lugar parcialmente a los recursos de casación presentados por la defensa, modificar los puntos dispositivos VII y XI, anular el punto VIII y confirmar los puntos IX y XII. En suma, confirmar las condenas dictadas respecto de Darío Alberto Guantay, Leandro Sebastián Ullua y Jonathan Ricardo Escobar, en orden a los hechos por los que fueron acusados, los que se califican como constitutivos del delito de robo agravado por haberse cometido mediante el uso de arma de fuego reiterado en dos oportunidades, en concurso real, que en el caso de los dos primeros concurre en forma ideal con el de tenencia ilegítima de arma de fuego de guerra, en calidad de coautores, imponiéndoles la pena de siete años de prisión, accesorias legales y costas; confirmar la declaración de reincidencia de Guantay y anular la unificación de penas efectuada respecto de éste, debiendo, como propone el juez Magariños, sustanciarse ante una distinta integración del tribunal oral la discusión acerca de los parámetros para proceder en ese sentido; sin costas en esta instancia (arts. 12, 29 inc. 3º, 40, 41, 45, 54, 55, 166, inciso 2º, párrafo 2º,

y 189 *bis*, inciso 2º, párrafo 2º, del Código Penal, y arts. 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Horacio Días dijo:

Adhiero al voto del juez Jantus, en lo concerniente al considerando “1” de sus fundamentos, por compartir sus consideraciones. También, en lo referido a su considerando “2”, toda vez que comulgo con la idea de que el límite al *iura novit curia* es el principio de congruencia, entendido como correlación entre la imputación y la sentencia, y por implicación la necesidad de asegurar una efectiva defensa en juicio del acusado, evitando sorpresas en los pronunciamientos jurisdicciones, a la postre dictados por fuera de lo controvertido por las partes en los alegatos del juicio. En lo tocante al punto “3” del voto del colega, comparto su solución, en tanto se encuentra acreditado que el justiciable, en este caso, cumplió pena en calidad de penado. Finalmente, adhiero a todas las consideraciones del juez Jantus, desarrolladas en el punto “4” de su voto, salvo en lo tocante a la relación concursal entre los delitos contra la propiedad y la seguridad, que en este caso, dadas las circunstancias de su realización, tengo para mí que el peligro contra la seguridad ha trascendido el concreto hecho contra la propiedad, tanto en circunstancias de tiempo como de espacio, lo que conduce a la solución del concurso real de hechos. 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**

RESUELVE:

I. Por unanimidad, **RECHAZAR** al recurso de casación interpuesto por la defensa de Jonathan Ricardo Escobar, sin costas en esta instancia, y, en consecuencia, **CONFIRMAR** el punto dispositivo XII de la sentencia de fs. 1553/1554, cuyos fundamentos obran a fs. 1563/1600, por el que se **CONDENA** a **JONATHAN RICARDO ESCOBAR** a la pena de **SIETE AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS**, por ser autor del delito de

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 14999/2013/TO1/CNC3

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

robo agravado por haber sido cometido mediante el uso de arma de fuego, reiterado en dos oportunidades, en concurso real (arts. 12, 29 inc. 3º, 40, 41, 45, 55 y 166, inciso 2º, párrafo 2º, del Código Penal y arts. 470, 471, ambos a *contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. Por unanimidad, **RECHAZAR PARCIALMENTE** los recursos de casación interpuestos por las defensas de Darío Alberto Guantay y Leandro Sebastián Ullua, sin costas en esta instancia, y, en consecuencia, **CONFIRMAR PARCIALMENTE** los puntos dispositivos VII y XI de la sentencia de fs. 1553/1554, cuyos fundamentos obran a fs. 1563/1600, por los que se condena a **DARÍO ALBERTO GUANTAY** y **LEANDRO SEBASTIÁN ULLUA** en orden a los hechos que se tuvieron por acreditados en ese fallo (arts. 471 a *contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

III. Por mayoría, **HACER LUGAR PARCIALMENTE** a los recursos de casación interpuestos por las defensas de Darío Alberto Guantay y Leandro Sebastián Ullua, sin costas en esta instancia, **CASAR PARCIALMENTE** los puntos dispositivos VII y XI de la sentencia de fs. 1553/1554, cuyos fundamentos obran a fs. 1563/1600, y, en consecuencia, **MODIFICAR** la asignación jurídica dada a los hechos por los que recayó condena respecto de **DARÍO ALBERTO GUANTAY** y **LEANDRO SEBASTIÁN ULLUA**, los que se califican como constitutivos del delito de robo agravado por haber sido cometido mediante el uso de arma de fuego, reiterado en dos oportunidades, en concurso real entre sí, que a su vez concurre en forma ideal con el de tenencia ilegítima de arma de fuego de guerra, respecto de los cuales responden en calidad de autores, y **REDUCIR** la pena impuesta a los nombrados, la que se fija en cada caso en **SIETE AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS** (arts. 12, 29 inc. 3º, 40, 41, 45, 54, 55, 166, inciso 2º, párrafo 2º, y 189 *bis*, inciso 2º, párrafo 2º, del Código Penal, y arts. 470, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

IV. Por unanimidad, **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación interpuesto por la defensa de Darío Alberto Guantay, sin costas en esta instancia, y, en consecuencia, **ANULAR** el punto dispositivo VIII de la sentencia de fs. 1553/1554, cuyos fundamentos obran a fs. 1563/1600, por el que se condena a Darío Alberto Guantay a la pena única de veinticinco años de prisión, accesorias legales y costas, debiendo sustanciarse, ante una **distinta integración del tribunal oral**, la discusión acerca de los parámetros para proceder a la unificación de penas a su respecto (artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación).

V. Por mayoría, **RECHAZAR PARCIALMENTE** el recurso de casación interpuesto por la defensa de Darío Alberto Guantay, sin costas en esta instancia, y, en consecuencia, **CONFIRMAR** el punto dispositivo IX de la sentencia de fs. 1553/1554, cuyos fundamentos obran a fs. 1563/1600, por el que se **DECLARA REINCIDENTE** a **DARÍO ALBERTO GUANTAY** (art. 50 del Código Penal y arts. 470 *a contrario sensu*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación)

Regístrese, notifíquese, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

MARIO MAGARIÑOS

PABLO JANTUS

HORACIO L. DÍAS

Ante mí:

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CÁMARA