

Reg. n° 184/2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los doce días del mes de marzo de 2018, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, Daniel Morin y Horacio Días, asistidos por la secretaria actuante Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa del imputado en la presente causa n° CCC 62.786/2014/TO1/CNC1, caratulada “M. M., S. A. s/recurso de casación”, de la que **RESULTA:**

I. De conformidad con el punto I del veredicto de fs. 362/vta., el 22 de septiembre de 2016, el ahora Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 8 resolvió -en lo que aquí interesa-, condenar a S. A. M. M. a la pena de cinco años de prisión, accesorias legales y costas, por considerarlo autor del delito de lesiones leves agravadas por la condición de ex pareja de la víctima, en concurso ideal con amenazas coactivas -hecho I-, en concurso real con lesiones leves igualmente calificadas, y amenazas agravadas por el uso de arma -hecho II- (arts. 5, 12, 29, inc. 3°, 45, 54, 55, 89 y 92, en función del 80, inc. 1°, 149 bis, 1° y 2° párrafo, CP: 403, 530 y 531, CPPN).

II. Contra dicha sentencia, el defensor público oficial, Diego Pafundi, interpuso recurso de casación (fs. 379/384 vta.), concedido a fs. 385/vta., y al que la Sala de Turno le otorgó el trámite previsto en el art. 465, CPPN. (fs. 397).

III. La defensa fundó sus agravios en ambas previsiones del art. 456, CPPN.

1. En primer lugar, cuestionó la calificación legal asignada al hecho II en lo que respecta al uso de armas en el delito de amenazas, por entender que el tribunal *a quo* no valoró correctamente los dichos de la damnificada durante el debate acerca de su utilización, sino que se basó en su declaración ante la Oficina de Violencia Doméstica (OVD).

2. En segundo término, planteó la violación al principio acusatorio en la que habría incurrido el tribunal *a quo*, al condenar a su asistido por una pena superior a la solicitada por el Ministerio Público Fiscal en su alegato.

Dijo que la mayoría de los jueces consideraron válido el dictamen de esa parte ya que no lo descalificaron, de modo que la pena allí pedida funcionaba como un límite máximo. En ese sentido, se remitió a la doctrina emanada del voto minoritario en el precedente “**Amodio**”¹ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y a la sentencia del juez García en la causa “**M.**”². Asimismo, destacó que en virtud del art. 120, CN, es el fiscal el encargado de promover la justicia en defensa de la legalidad y los intereses de la sociedad y que ello se ve plasmado en el art. 5, CPPN, en tanto lo erige como el titular de la acción penal pública.

En consecuencia, solicitó que se declare la nulidad de la sentencia y se reduzca la pena a la de cuatro años de prisión, requerida por la fiscal.

IV. En el término de oficina previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, el defensor público oficial, Mariano Patricio Maciel, presentó un escrito en el que reeditó y amplió los agravios desarrollados en el recurso de casación. En ese sentido, agregó que el monto de pena impuesto por fuera de lo solicitado por el Ministerio Público Fiscal vulneró el derecho de defensa de M. ya que fue sorpresivo para esa parte (fs. 400/405).

V. Transitada la etapa prevista en el art. 468, CPPN, la causa quedó en condiciones de ser resuelta (fs. 413 / 414).

VI. Efectuada la deliberación establecida en el art. 469, CPPN, el tribunal arribó a un acuerdo en los términos que a continuación se exponen.

CONSIDERANDO:

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

¹ CSJN “A. 2098. XLI. Amodio, Héctor, Luis s/ causa n° 5530”, sentencia del 12.06.2007, voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni.

² CFCP, Sala II, sentencia del 26.06.2008, registro n° 12.027.

Del resumen efectuado, surge que la recurrente discute dos cuestiones (arts. 469 y 398, CPPN): la calificación legal de uno de los hechos y el monto de pena impuesto, en tanto la mayoría del tribunal de mérito determinó una mayor que la pedida por la fiscalía.

1. La calificación legal del hecho II

a. Al respecto, el voto de los jueces Basílico y Sañudo argumentó que “(...) *ha quedado acreditada la utilización de un cuchillo descrito por la víctima, a más del destornillador que usó para lesionarla, lo que ha producido en S. B. A., sin duda alguna, una intimidación injustificable, con el temor que ello produce en toda persona, máxime cuando la misma se encuentra sometida a un cuadro de vulnerabilidad como en el caso de la víctima de autos...*” (fs. 375).

Para considerar probada la utilización del cuchillo, se valoró especialmente el testimonio de A., en particular el fragmento que relató una vez que se le leyó, con anuencia de las partes, su declaración de fs. 84/85, prestada ante la OVD. Recordó que “...ese día forcejearon con el bebé y si bien levantó el cuchillo, aclara que no la apuñaló ni la lesionó, pero ante la situación en la que estaba ella -en medio de una crisis de nervios y muy alterada- sí recuerda que incluso fue descalza a radicar la denuncia. Dijo que sí fueron hechos de mucha violencia dentro de la habitación y contó todo ello llorando y gritando en el juzgado de Lavalle, pero no recuerda con precisión que pasó porque además salió corriendo de la habitación (...)” (fs. 372 vta./373). En cuanto al valor de sus dichos, se ponderó que “(...) *depuso despojada de toda intencionalidad respecto del encartado y como se dijera antes de ahora, con una objetividad dable de destacarse (...)*” (fs. 373).

b. Tal como se resumió en el punto III, 1, la defensa argumentó que el tribunal *a quo* valoró arbitrariamente los dichos de A., ya que a su criterio se tuvieron en cuenta únicamente aquellos prestados ante la OVD y no los vertidos durante el debate oral, pese a haberse destacado su objetividad y precisión en los detalles.

Remarcó que en esa oportunidad, A. aclaró que el imputado, “...*si bien levantó el cuchillo...*” (fs. 382), no la apuñaló ni la lesionó, y que en todo caso debía ponderarse el contexto en el cual se produjo ese episodio: durante una crisis de abstinencia de estupefacientes por parte de ambos, adictos a las drogas.

Además, resaltó que al allanarse el domicilio de A. y solicitársele que entregara los objetos con los cuales había sido agredida por M. M., sólo entregó el destornillador, lo que a criterio de la recurrente probaba “...*el nulo uso del cuchillo...*” (fs. 382 vta.), que por lo demás tampoco había sido encontrado para su secuestro.

Por último, la parte recurrente se agravió por la arbitrariedad en la que, a su entender, incurrió el tribunal de mérito al omitir la explicación de A. en torno a la expresión que usó al declarar ante la OVD -acerca de que le había “tirado a matar”-, al referir que “...*fue una expresión que ella usó porque estaba en medio de una crisis de nervios y porque la tenía cansada con su consumo de drogas de lunes a lunes...*” (382 vta).

c. De la lectura de los fundamentos expuestos por el tribunal *a quo*, que en lo sustancial fueron sintetizados en el punto “a”, se desprende que efectivamente ponderó el testimonio de A. durante el debate y que las referencias efectuadas a sus dichos ante la OVD se refieren a fragmentos que le fueron leídos durante el juicio, sin oposición de las partes, a partir de los cuales la nombrada pudo recordar lo ocurrido y explayarse acerca del uso del cuchillo. Por lo demás, la parte no controvertió su presencia en la escena, en tanto sostuvo en su recurso que “...*la existencia del cuchillo tipo Tramontina, no ha sido puesto en duda por esta parte...*” (fs. 382). En este sentido, de acuerdo con lo dicho en los precedentes “**G.**”³, “**C.**”⁴ y “**L. G.**”⁵, las declaraciones de A. fueron confrontadas correctamente en el debate según el método establecido en el art. 391, inc. 2, CPPN, por lo cual nada puede señalarse al respecto.

De este modo, se advierte que, en realidad, la recurrente intenta controvertir la aplicación de la agravante prevista en el art. 149 *bis*, CP, por el hecho de que, según los dichos de A., el imputado no la apuñaló ni lesionó con el cuchillo, a pesar de reconocer que lo exhibió (ver fs. 382).

³ Sentencia del 21.12.15, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Bruzzone y Morin, registro n° 793/15.

⁴ Sentencia del 19.06.17, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 522/17.

⁵ Sentencia del 14.08.17, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Morin y Niño, registro n° 686/17.

Sin embargo, el tipo penal en cuestión no exige que el arma sea utilizada con alguno de esos fines sino que es suficiente con que sea exhibida o blandida, ya que lo que cuenta es su mayor poder atemorizante,⁶ tal como correctamente argumentó el tribunal *a quo*, según lo transcripto al inicio de este punto.

Por otro lado, y en cuanto a que el hecho ocurrió en el marco de una crisis de abstinencia por falta de consumo de estupefacientes, la defensa no explicó ni argumentó sobre el alcance y las consecuencias que le otorgaba a esta circunstancia; esto es, de qué manera aquel trance excluía el empleo del cuchillo, implicaba un supuesto de atipicidad, falta de acción, de disminución de la culpabilidad o de la pena, aspectos que de ningún modo desarrolló o profundizó.

De la misma manera, en cuanto a la falta de ponderación de la frase expresada por A., en cuanto a que M. M. no la quiso matar sino que “...*fue una expresión que ella usó porque estaba en medio de una crisis de nervios y porque la tenía cansada con su consumo de drogas de lunes a lunes...*” (382 vta), se advierte que esta expresión sí fue valorada en la sentencia en relación con las lesiones que aquella sufrió y no con las amenazas. En efecto, según se lee en el acta de debate, la fiscal valoró ese fragmento del testimonio de A. para apartarse de la calificación legal del requerimiento de elevación a juicio -homicidio simple en grado de tentativa-, por la duda sobre el dolo que generaba con respecto a ese otro tipo penal (fs. 365). En consecuencia y en lo que a esa conducta respecta, entendió que el hecho constituía el delito de lesiones leves agravadas por el vínculo, encuadre con el cual el tribunal *a quo* coincidió. De esta manera, la defensa reitera el mismo error argumental: confunde el mayor amedrentamiento por el empleo de un cuchillo con la intención homicida o lesiva.

Si bien lo dicho sella la suerte de este agravio, cabe agregar que la defensa recién en esta instancia introdujo la cuestión referida a que A. no entregó el cuchillo en cuestión al ser allanado su domicilio. Sin

⁶ D’Alessio, Andrés José –Director y Divito, Mauro –Coordinador, “Código Penal Comentado y Anotado”, T. II, Parte Especial, 2ª edición actualizada y ampliada, Editorial La Ley, Buenos Aires, pag. 499/500.

perjuicio de lo dicho en el precedente “**Prado**”⁷, entre muchos otros, en cuanto a que éste no es un tribunal de consulta sino de revisión, lo cierto es que la defensa nuevamente no controvierte la utilización del cuchillo, por lo cual no logra demostrar cuál es la relevancia de su falta de secuestro.

Las consideraciones expuestas conducen a rechazar los agravios planteados en torno a la calificación legal del hecho II.

2. La pena impuesta

Para analizar esta cuestión, conviene repasar lo sucedido durante el debate.

a. En su alegato, la fiscal general pidió se impusiera a M. M. la pena de cuatro años de prisión.

Ponderó como *agravantes*: la magnitud de los hechos, por haber sido cometidos en presencia de un menor de más de tres años (41 meses) con serios problemas de salud; el medio empleado (un destornillador y un cuchillo); que A. era la pareja del imputado y la madre de su hijo, quien además estaba realizando un gran esfuerzo para superar sus propias adicciones; a tal punto que lo había denunciado “...*para no matarlo...*”, circunstancia que a juicio de la acusadora demostraba que A. pudo auto limitarse, pese a encontrarse en una crisis nerviosa, producto de la abstinencia.

Como *atenuantes*, tuvo en cuenta la actitud de M. M., la situación de vulnerabilidad y adicción a las drogas que él describió y que intentó superar (acta de debate, fs. 359 vta.; sentencia fs. 365vta./366).

Asimismo, consta a fs. 360, que antes de otorgar la palabra a la defensa, el juez que presidía la audiencia “...*interrogó a la fiscal en torno a si iba a realizar consideración alguna en punto a la unificación de la sanción con la condena que registra...*”. Ante la oposición del defensor público, el acta da cuenta de que se le otorgó la palabra para que alegue, sin que se resolviera nada acerca de la pregunta dirigida a la fiscal.

b. El voto mayoritario -conformado por los jueces Oleden y Sañudo- superó el pedido de la fiscal y estimó adecuada la pena de cinco años de prisión. Ponderó como *agravantes* las condenas que registraba

⁷ Sentencia del 1.12.16, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 965/16.

M. M. -que evidenciaban su indiferencia por la ley penal- y la violencia desplegada en los hechos. Asimismo, consideró atenuante su adicción a los estupefacientes desde la adolescencia.

Destacó que el tribunal de mérito no se encontraba limitado por el pedido del Ministerio Público Fiscal, pues ninguna ley ni la Constitución Nacional lo preveían. Argumentó que las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales contrarias, se basaban en un inadecuado paralelismo con el derecho civil, en donde la facultad de decisión de los magistrados encontraba su tope en el pedido de reparación de la parte interesada (cfr. fs. 376).

Por su parte, el juez Basílico, en minoría, consideró que el pedido de pena efectuado por la fiscal general, cuyo dictamen analizó y consideró debidamente fundado, funcionaba como un límite para el tribunal. Para llegar a esa conclusión, tomó en cuenta la doctrina emanada del voto de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni en el precedente “**Amodio**”, ya citado; las implicancias del principio “*ne procedat index ex officio*” y la prohibición de actuar “*ultra petita*”, como así también, el debido respeto a los actores del proceso, de conformidad con lo dispuesto por los arts. 116 y 120, CN, 8.5, CADH, y 14.1, PIDCyP.

c. Tal como se resumió en el punto III, 2, la parte recurrente solicitó que se anulara la sentencia en este punto y se redujera la pena impuesta a la requerida por el fiscal (cfr. fs. 384 vta. y punto 3 del petitorio).

d. En el precedente “**M.**”⁸, entre muchos otros⁹, se destacó que la discusión en torno a la determinación judicial de la pena no ocupó un lugar relevante ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, pese a la existencia de algunos trabajos pioneros en nuestro país. Este aspecto de la sentencia asumió particular relevancia a partir del momento histórico en el que las penas aplicables dejaron de ser fijas y pasaron a desenvolverse en escalas que exigen una determinación. De allí la necesidad de establecer la *cesura de juicio* como ámbito para discutir los criterios y las formas racionales para medir la reacción penal del Estado.

⁸Sentencia del 3.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 406/15.

⁹ Ver causa “**L. G.**”, ya citada.

Lentamente se ha impuesto el criterio de que el pedido de pena del fiscal funciona como un límite para los jueces. De estar pautado en el marco del procedimiento abreviado (art. 431 *bis*, CPPN), fue aceptado por una minoría de la CSJN en el caso “**Amodio**” -ya citado-, por entender que era la consecuencia natural del contradictorio y del principio de congruencia, tanto por la imposibilidad de resolver *ultra petita* como por la implicancia que ello tendría sobre la prohibición de la *reformatio in peius*, cuyo contenido material intenta evitar que se agrave la situación jurídica del imputado sin un requerimiento acusatorio en ese sentido. La misma línea siguió la mayoría de la Sala II de la Cámara Federal de Casación en los precedentes “**S.J.C. y otros**”¹⁰ y “**Rossi**”;¹¹ la Sala IV en la causa “**A.**”;¹² y I en el caso “**M.**”.¹³

En cuanto a la legislación, el CPPN, ley 27.063, (cuya entrada en vigencia fue suspendida por el DNU 257/15) en su art. 273 establecía que los “...jueces no podrán imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores...”. Sin embargo, no ocurre lo mismo con las agravantes y atenuantes previstas en el art. 40 y 41, CP. De este modo, si bien el nuevo ordenamiento contemplaba la cesura del juicio, a diferencia de otros códigos procesales, no establece un límite en cuanto a la consideración de aquéllas¹⁴. En cuanto a la técnica legislativa, el CPPN, ley 27.063 preveía una cesura del juicio, lo cual implicaba que el fiscal ya en la acusación expresaba las “...circunstancias de interés para determinar la pena...con expresión de los medios de prueba que propone para verificarlas en el juicio sobre la pena...” así como también “...el requerimiento de pena estimado, a los efectos de la determinación del juez, tribunal o jurado...” (cfr. art. 241, incs. g y h, CPPN, ley n° 27.063). Las partes ofrecían prueba sobre la pena

¹⁰ Sentencia del 09.02.12, voto de los jueces Slokar y Ledesma (disidencia de la jueza Figueroa), registro n° 12.945.

¹¹ Sentencia del 11.04.12, jueces Slokar, Ledesma y Figueroa (en disidencia), registro n° 19.799.2

¹² Sentencia del 12.11.07, JA, 2008-I-705, AP 70041136, citado en la revista “Derecho Penal y Procesal Penal”, n°1, 2013, Abeledo Perrot, pag. 12.

¹³ Sentencia del 31.07.12, jueces Madueño, Cabral, Borinsky, registro 19.825.1

¹⁴ Cfr. GARIBALDI, Gustavo E. L. / BELLAGIO, Aníbal / CASTRO, María del C., *El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del acusatorio*, Ad – Hoc, Buenos Aires, 2004.

estimada, lo que garantizaba al imputado la posibilidad de ser oído, ofrecer prueba y contradecir el pedido fiscal. Es decir, que se estipulaba una discusión plena al respecto.

Como conclusión, y en lo que se refiere a la discusión de las atenuantes y agravantes en el CPPN vigente, en el precedente “M.” se estableció que los elementos valorados por el tribunal como atenuantes o agravantes debían derivar de las circunstancias del hecho o de las condiciones personales del acusado, *discutidas en el debate*.

e. Ahora bien, sea cual fuere la posición que se adopte con respecto al pedido de pena formulado por el fiscal, lo cierto es que en el caso particular el tribunal *a quo* se limitó a afirmar que no compartía el monto punitivo propuesto y que éste no podía ser considerado como un tope por no estar así previsto ni constitucional ni legalmente.

De esta manera, se advierte que la fiscal general ponderó adecuadamente circunstancias agravantes *que ni siquiera fueron mencionadas por los jueces que conformaron la mayoría*. Así, únicamente valoraron dos agravantes, las condenas anteriores y la violencia desplegada, *cuando la primera no fue objeto de discusión en el debate ni formaba parte de las circunstancias relatadas en la acusación*. En este punto, resulta revelador lo volcado en el acta del juicio: según se vio (punto 2, a), el juez que presidía la audiencia preguntó a la fiscal si iba a referirse “...a la unificación de la sanción con la condena que registra...” cuestión irresuelta, atento a la oposición de la defensa. Luego, aquella circunstancia se incorporó *de oficio* en la medición de la pena, sin considerar además, ninguna de las pertinentes que había mencionado la fiscal.

Asimismo, los jueces tampoco explicaron cómo las condenas que M. M. registraba resultaban adecuadas para explicar un año de pena mayor que la pedida por la fiscalía, *cuando no tomaron en cuenta todas las agravantes que fundaban este pedido* y coincidieron en las atenuantes. Tampoco indicaron cómo ese indicador aumentaba la culpabilidad del imputado por los hechos aquí reprochados.

Se advierte entonces que la sentencia interpretó erróneamente los arts. 40 y 41, CP y además fundó arbitrariamente la pena discernida, en tanto se apartó del pedido fiscal sin considerar

ninguna de las agravantes que fundó ese requerimiento e introdujo una nueva, que no había integrado la discusión del debate. En este sentido, y de acuerdo con lo solicitado por la propia defensa, corresponde anular parcialmente la sentencia recurrida y reemplazar la pena impuesta por la que había solicitado la fiscal general en el juicio.

En este aspecto, conviene destacar que dadas las particularidades del caso, no resulta necesario cumplir con la audiencia prevista en el art. 41, inc. 2º, CP, en tanto la parte recurrente no solo no discutió la pertinencia de las circunstancias agravantes ponderadas por la fiscalía en el debate, sino que expresamente pidió que se la reemplazara por aquélla. Asimismo, en función del pedido mismo de la defensa y razones de economía procesal, tampoco resulta necesario reenviar las actuaciones.

3. Por los motivos expuestos, corresponde rechazar el recurso de casación de fs. 379/384 vta., en cuanto a la calificación legal asignada al hecho II; hacer lugar al recurso en lo que respecta a la pena aplicada, y así casar parcialmente el punto I de la sentencia de fs. 363/378 vta., reemplazar la pena allí impuesta a S. A. M. M. por la de 4 (cuatro) años de prisión, accesorias legales y costas. Sin costas en esta instancia (arts. 40 y 41, CP; 123, 404, inc. 2º, 456, incs. 1º y 2º, 457, 459, 465, 468, 469, 470 y 471, 530 y 531, CPPN).

El juez Daniel Morin dijo:

Adhiero, en lo sustancial, al voto que antecede.

El juez Horacio Días dijo:

Adhiero, en lo sustancial, al voto del juez Sarrabayrouse.

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

I. RECHAZAR parcialmente el recurso de casación interpuesto por la defensa de S. A. M. M. en lo que respecta a la calificación legal del hecho II.

II. HACER LUGAR al recurso en cuanto a la pena aplicada, **CASAR** parcialmente el punto I de la sentencia de fs. 363/378 vta. y **REEMPLAZAR** la pena allí impuesta a S. A. M. M. por la de 4

(cuatro) años de prisión, accesorias legales y costas; sin costas en esta instancia (arts. 40 y 41, CP, 123, 404, inc. 2º, 456, inc. 1º y 2º, 457, 459, 465, 468, 469, 470 y 471, 530 y 531, CPPN).-

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13, CSJN; Lex 100) y remítase al Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 8, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

EUGENIO C. SARRABAYROUSE

DANIEL MORIN

HORACIO DÍAS

Ante mí:

PAULA GORSO
SECRETARIA DE CÁMARA