

**Reg.n°335/2018**

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 4 días del mes de abril del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Pablo Jantus, Mario Magariños y Alberto José Huarte Petite, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a efectos de resolver en la causa n° 70877/2015/TO1/CNC3, caratulada “Ontiveros, Eric Alejandro s/ robo con armas”, de la que **RESULTA:**

**I.** El Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 resolvió, en lo que aquí interesa, condenar a Eric Alejandro Ontiveros a la pena única de diecisiete años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la pena de nueve años de prisión y costas impuesta en este proceso y la pena de ochos años y seis meses de prisión y costas dictada en la causa n° 2634 del Tribunal Oral en lo Criminal n° 8, con fecha 22 de agosto de 2008 (fs. 695/709).

**II.** Contra esa decisión, la defensa pública oficial interpuso recurso de casación (fs. 722/728), que fue concedido (fs. 730/732) y mantenido (fs. 748).

**III.** La Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal otorgó al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 750).

**IV.** En la oportunidad contemplada en el artículo 465, 4° párrafo, del cuerpo legal citado, la defensa presentó el escrito obrante a fs. 753/758.

**V.** La audiencia fijada conforme a lo dispuesto en el artículo 465, quinto párrafo, del código de forma, no se llevó a cabo en virtud de la incomparecencia de las partes (fs. 761).

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

**Y CONSIDERANDO:**

**El juez Pablo Jantus dijo:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 unificó a petición de parte la sentencia que dictó en esta causa el 11 de octubre de 2016 -de nueve años de prisión de efectivo cumplimiento y costas, en orden a los delitos de robo agravado por el uso de arma de fuego reiterado en dos oportunidades, uno consumado y el otro en grado de tentativa, que concurren materialmente entre sí-, con la que impuso el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 8 el 22 de mayo de 2008 -en la causa n°2634, de ocho años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, por los delitos de privación ilegítima de la libertad y secuestro extorsivo, que concurren idealmente entre sí, robo agravado por el uso de arma de fuego reiterado en dos ocasiones y robo agravado por el uso de arma de fuego en grado de tentativa, que a su vez concurren materialmente entre sí, cuyo vencimiento operó el 20 de diciembre de 2015-.

Para establecer el monto en cuestión, el *a quo* empleó el método aritmético, y fundó la decisión sosteniendo que se deben considerar como pautas orientativas las circunstancias del caso en concreto, es decir, la naturaleza y modalidad de los hechos y el daño causado. Al respecto, señaló que si bien es cierto que parte de la jurisprudencia suele hacer preferencia al método composicional, ello no implica que sea la regla general y que los jueces se hallen restringidos a optar por éste y descartar el aritmético.

De este modo, en razón de “(...) el cúmulo de hechos delictivos por los cuales registró distintas condenas, las entidades y repercusiones criminológicas de los mismos y los daños causados (en tanto que se tratan de delitos contra la propiedad) y el fracaso del intento de resocialización bajo una modalidad anticipada que demuestra su insensibilidad a un nuevo pronunciamiento penal [la fecha de comisión de los hechos por los cuales fue condenado en este proceso tuvo lugar mientras estaba cumpliendo la pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 bajo la modalidad de libertad condicional]”, se aplicó el método aritmético para la unificación de las penas.

Al analizar las pautas mensurativas de la pena única, se computaron como agravantes que el condenado incurrió en reiterados hechos de gravedad contra la propiedad de terceros y el modo violento

recurrente en ellos; y como atenuantes sólo su juventud. Además, se aclaró que no es violatorio al *ne bis in idem* la valoración de los antecedentes condenatorios al tiempo de graduar la pena única.

Al graduarse la mensuración de la pena impuesta en este proceso, se tuvieron como agravantes la naturaleza de la acción, los medios empleados y la extensión del daño y el peligro causado.

En tal sentido, se destacó el exceso de violencia evidenciado, en tanto en el primer hecho, intervinieron cinco hombres que superaban en número y fuerza a la víctima mujer a quien le sustrajeron el rodado; la impunidad con la que se movieron a plena luz del día; la privación de libertad a la que sometieron a la víctima; el riesgo en que colocaron a terceras personas, como fue el caso del matrimonio conformado por Lofrano y Cordero, a quienes chocaron haciéndolos volcar; la huida que protagonizaron escapando a alta velocidad en un horario muy concurrido por la Avenida General Paz contrariando la normativa vial; el daño material causado a los vehículos; la circunstancia de que en el segundo hecho estuviera presente un niño que tuvo que descender del coche por indicación de su conductor para evitar mayores consecuencia y presenció cómo Ontiveros venía armado hacia ellos para robarles el rodado; el enfrentamiento armado que protagonizó con la policía; y que se hubiese valido de un arma de alto poder vulnerante -calibre 9mm-.

Por otro lado, se consideraron como atenuantes la escolaridad incompleta del encausado; la existencia de un grupo familiar que parece contenerlo; que su pareja cursaba el octavo mes de embarazo y él procura cumplir con sus responsabilidades al respecto; y el reconocimiento de su responsabilidad por estos hechos.

## II. La defensa se agravó por arbitrariedad en la decisión.

Al respecto, alegó ausencia de motivación en la mensuración de la pena única impuesta, tanto en lo que atañe al método de unificación seleccionado, como en la falta de justificación de su aplicación por tener un fundamento aparente, y omisión de valoración, a raíz del método aplicado, de las pautas mensurativas de los artículos 40 y 41 del C.P.

Preliminarmente, en cuanto a la ponderación de las circunstancias particulares del caso en concreto, es decir, la naturaleza, modalidad de los hechos y el daño causado, como justificación de la aplicación del método aritmético, sostuvo que su consideración produce una doble valoración prohibida, ya que fueron contempladas al graduar la pena de los hechos bajo juzgamiento por ese mismo tribunal.

En relación a la valoración negativa de las condenas que registra el condenado, afirmó que trasciende el desvalor propio de la conducta por los hechos que fue condenado, tanto los que se juzgaron en este proceso como los que motivaron la pena anterior, y remite a consideraciones de derecho penal de autor.

En vinculación a las “repercusiones criminológicas” de los hechos imputados, como argumento para aplicar el método aritmético, refirió que no se encuentra contemplada en los artículos 40 y 41 del C.P., y que aun cuando se sostuviera que la enumeración de dichos artículos no es taxativa, era exigible al tribunal que explicara con precisión qué quiso expresar con esos términos.

Finalmente, en alusión al supuesto fracaso en el intento de resocialización de su asistido bajo una modalidad anticipada, que demostraría su insensibilidad frente a un nuevo pronunciamiento penal, sostuvo que dicha circunstancia obliga a acotar la respuesta punitiva estatal frente al hecho nuevo, en tanto resulta revelador de una menor culpabilidad, lo cual podría operar como pauta a favor del imputado.

De este modo, entendió que la opción del tribunal por el sistema de unificación matemática se asentó en un fundamento aparente y, por ende, arbitrario, sin analizar las particularidades del caso.

Además, sostuvo que sólo excepcionalmente procede la unificación de penas vencidas, no pudiendo en ningún momento operar en contra de los intereses del imputado, pero que dado que la unificación había sido solicitada a instancia del imputado, correspondía recurrir al método compositivo.

En consecuencia, solicitó que se hiciera lugar al recurso de casación interpuesto y se determinara una nueva pena única que no superase el mínimo aplicable o, en su defecto, que se declare la nulidad

de la sentencia y se remita el caso a otro tribunal para que dicte una nueva sentencia de acuerdo a los principios de culpabilidad, proporcionalidad, última ratio y resocialización, y las pautas previstas en los artículos 40, 41 y 58 del código sustantivo.

**III.** En primer término, he de destacar que en el caso el tribunal de origen, a petición de parte, unificó la pena que se dictó en el marco de esta causa con la del Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 que se encontraba vencida en los términos del artículo 58 del Código Penal.

Al respecto, y tal como lo destacó la defensa en el término de oficina, advierto que en los fundamentos de la resolución recurrida, preliminarmente el *a quo*, al admitir la unificación de penas porque fue solicitada por la parte, refirió que “tal unificación de penas le acarrea a éste [al imputado] un beneficio cierto, pues de lo contrario, no sería procedente”. Sin embargo, a la hora de determinar la sanción única, lejos de favorecerlo, se limitó a sumar aritméticamente las penas en cuestión.

En consecuencia, a mi modo de ver, se observa una insoslayable contradicción en el razonamiento efectuado en la sentencia, puesto que, por un lado, se afirmó que la procedencia de la unificación tratada necesariamente debía implicar un beneficio para el imputado y, no obstante, se optó el método aritmético que de ningún modo se correspondía con el propósito anunciado.

En ese sentido, Ricardo Núñez (“Tratado de Derecho Penal”, parte general, T. II, p. 516, Ed. Lerner, Cba., 1978) señala que: “La unificación no consiste necesariamente en la suma de las penas concurrentes, sino que el juez tiene libertad para elegir, con arreglo a esas declaraciones de hechos, la naturaleza de la pena y fijar su medida según las reglas de los artículos 55 a 57 y 40 y 41.”.

Tal como lo he expresado en diversos casos de esta Sala considero que, en el marco de nuestro ordenamiento legal, el juicio de selección de la pena es propio del juez y, en esa tarea, debe adecuarse a las pautas objetivas y subjetivas previstas en los arts. 40 y 41 CP, respetar la pretensión punitiva estatal expresada por el representante del Ministerio Público Fiscal y contener suficiente fundamentación para permitir su control. Esto es así en tanto forma parte del poder de connotación

judicial la comprensión de aquellos elementos del hecho que aconsejen dosificar en su medida justa la sanción por el evento, debiendo el juez, a tal fin, percibir las notas peculiares del caso para que sea posible, a la vez, robustecer la confianza de la población en el imperio del derecho –con el límite de la culpabilidad- y lograr la resocialización del autor (cf. causa n° CCC 73346/2013/TO1/CNC1, caratulada “Fernández, Franco Luciano y otro s/ privación ilegal de la libertad”, Rta. 27/6/16, Reg. n° 483/2016, y causa n° CCC 43935/2014/TO1/CNC2, caratulada “Silva, Natalia Claudia y otro s/ robo con armas en tentativa”, Rta. 11/7/16, Reg. n° 508/16, entre otras, y sus citas: Patricia S. Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, Bs. As., 1996, p. 23 y ss., Carlos Creus, *Derecho penal, parte general*, 3ª ed., Astrea, Bs. As., 1992, p. 492 y ss. y Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1998, p. 155 y ss.).

Además, tal como lo sostuve en el precedente “**Calderón**” (causa n° 56964/2014/TO1/CNC1, caratulada “Calderón, Emilio Gustavo s/robo con armas en tentativa”, rta. 19/10/17, reg. n° 1029/2017), considero que conforme a la doctrina que emana del fallo plenario “**Filipini**” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en pleno, del 14/09/65) en los casos de unificación de sentencias previstas en el artículo 58 del C.P., las razones por las que el juez puede recurrir al método aritmético para la construcción de la pena total deben ser excepcionales, ya que el juzgador tiene la libertad para medir la sanción según las circunstancias del caso y del autor, más allá de los montos que hayan sido establecidos previamente.

En el caso traído a estudio, cabe recordar, el *a quo* sostuvo que aplicó el método aritmético por las circunstancias del caso en concreto, tomando en cuenta la naturaleza, la modalidad de los hechos y el daño causado. Puntualmente, lo justificó en: a) “el cúmulo de hechos delictivos por los cuales registró condenas”, b) “las entidades y repercusiones criminológicas de los mismos, c) daños causados (en tanto que se tratan de delitos contra la propiedad” y d) “el fracaso del intento de resocialización bajo una modalidad anticipada que demuestra su

insensibilidad a un nuevo pronunciamiento penal”. Sin embargo, a mi modo ver, no advierto que estos argumentos sean suficientes para justificar excepcionalmente la suma de las penas concurrentes, conforme a los parámetros antes mencionados.

Ello así, dado que aun cuando pudieran considerarse las circunstancias agravantes mencionadas en la sentencia –alguna de ellas cuestionables, como el “fracaso del intento de resocialización bajo una modalidad anticipada”, puesto que fue tomada en cuenta en la declaración de reincidencia y en la diferente ejecución de la pena a discernir–, lo cierto es que el tribunal de origen sólo consideró como atenuante la juventud de Eric Alejandro Ontiveros.

Al respecto, no se tomaron en cuenta otras circunstancias alegadas por la defensa en el juicio, tales como: el reconocimiento de los hechos y su participación en ellos, sus antecedentes laborales, su problemática con los estupefacientes desde los quince años, su entorno familiar –al momento del alegato su pareja cursaba el octavo mes de embarazo-, el hecho de que estaría cumpliendo sus estudios secundarios y que realizó cursos de serigrafía y de moldes donde se encuentra detenido.

En conclusión, sobre la base de un correcto análisis de las pautas objetivas y subjetivas de mensuración de la pena que refleje adecuadamente la individualización de la pena única, entiendo que corresponde componerlas y reducir en tres años la pena total en cuestión.

Así las cosas, considero que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, sin costas en esta instancia, y, en consecuencia, casar la decisión recurrida e imponer a Eric Alejandro Ontiveros la pena única de catorce años y seis meses de prisión y accesorias legales, comprensiva de la impuesta en esta causa –de nueve años de prisión, accesorias legales y costas, por resultar respectivamente coautor y autor del delito de robo agravado por el uso de arma de fuego, reiterado en dos oportunidades, uno consumado, el otro en grado de conato, que concurren materialmente entre sí– y de la sanción punitiva de ocho años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 8 en la causa 2634 el 22 de mayo

de 2008, por ser coautor de los delitos de privación ilegal de la libertad en concurso ideal con secuestro extorsivo, robo agravado por el uso de arma de fuego reiterado –dos hechos- y robo agravado por el uso de arma de fuego cometido en grado de tentativa, los que a su vez concurren realmente entre sí; debiendo regirse las costas según los respectivos pronunciamientos (arts. 40, 41, 58 del C.P. y arts. 470, 530 y 531 CPPN).

**El juez Alberto J. Huarte Petite dijo:**

**-I-**

En el precedente “**Alvarez Mujica**” (Reg. n° 1217/17, Sala III, del 24.11.17), entre otros, he acompañado en general el criterio del colega Jantus allí expresado en cuanto a que el juicio de determinación de la pena es una facultad propia del juez de la causa y, en esa tarea, debe adecuarse a las pautas objetivas y subjetivas previstas en los arts. 40 y 41 CP, y contener suficiente fundamentación para permitir su control.

En tal inteligencia, para que proceda la impugnación de la defensa sobre dichas cuestiones es necesario que la parte recurrente demuestre que en la decisión atacada se encuentra presente un vicio o defecto en la determinación fáctica de las circunstancias valoradas en calidad de agravantes o atenuantes, una errónea aplicación de las respectivas normas sustantivas, o una vulneración a garantías constitucionales que puedan incidir en la determinación del *quantum* de pena, tornándola inusitada o desproporcionada.

En tal sentido, haciendo mío parte de los argumentos vertidos por el Juez García en sus votos recaídos en los precedentes de la Sala 1 de este colegiado “**Delucchi**” (rta. 4.11.15, reg. 620/15) y “**Monasterio**” (rta. 1.09.16, reg. 675/16), cierto es que las difusas construcciones que distinguen entre un pretendido “método compositivo” y un pretendido “método aritmético”, construcciones que tienen una cierta adhesión en la doctrina, no se infieren directamente de la ley.

Pues más allá del valor argumental que aquéllas pudiesen eventualmente ofrecer, en definitiva, cuando se trata de dictar la pena única en cualquiera de los dos supuestos comprendidos en ese artículo 58 C.P., la ley dispone que el juez construya una escala compuesta según



las reglas del art. 55. Dentro de esa escala el juez está habilitado a fijar la pena total teniendo en cuenta la magnitud del injusto y de la culpabilidad, y el consecuente grado de reproche merecido por todos los ilícitos de los que el condenado ha sido responsable, según las pautas de los arts. 40 y 41 C.P., considerando además, en su caso, las razones, de carácter preventivo especial o general, que justificarían imponer una sanción menor a la estrictamente merecida por los delitos cometidos. De suerte que la cuestión no consiste en definir si la pena debería expresar la suma aritmética de las penas singulares o una menor, sino en establecer el reproche por aquéllos, y después, en considerar los elementos que podrían atenuar la pena ajustada a ese reproche

De modo entonces que, en definitiva, podría decirse que la modalidad “aritmética” de cuantificar la pena total pareciera ser un caso excepcional, reservado en principio para los supuestos en que se acredite:

-la inexistencia absoluta de atenuantes, diferentes a las consideradas en alguna de las condenas o penas a unificar que lleven a concluir en la adecuación al caso de una sanción menor;

-que no se hubiese incurrido en una arbitraria ponderación de alguna de las atenuantes efectivamente consideradas, cuya motivada valoración llevase a concluir en el mismo sentido que en el supuesto anterior;

-que, en la ponderación de la situación presente del imputado, no pudiese observarse una situación novedosa que lleve a concluir en menores necesidades de prevención especial, y en una consecuente pena menor.

Pero de verificarse, por el contrario, atenuantes no consideradas o arbitrariamente ponderadas, o una modificación en las circunstancias personales del imputado que llevasen a concluir en una menor necesidad de prevención especial a su respecto, ello deberá tener, necesariamente, su correlato en el monto a fijar y deberá conducir, invariablemente, a la aplicación del denominado método “composicional”.

La adopción del método “aritmético” requerirá entonces un mayor esfuerzo jurisdiccional para motivar el decisorio (con el objeto de

atender a alguna de las situaciones antes mencionadas) y, consecuentemente, exigirá un escrutinio más riguroso por parte del órgano revisor.

## -II-

Sobre esa base, coincido con el doctor Jantus en cuanto a que la argumentación brindada por el *a quo* a los fines de fundar la procedencia en el caso de la suma aritmética de las penas a unificar es insuficiente y también contradictoria.

En tal orden de ideas, debe señalarse que el tribunal de juicio, al momento de determinar la pena única a imponer a Ontiveros omitió considerar como atenuantes pautas alegadas por la defensa en el juicio y que habían sido consideradas, algunas de ellas, por el propio juzgador al establecer el monto punitivo del hecho a cuyo juzgamiento se había avocado primigeniamente.

Así, en relación a este último el *a quo* señaló que “...*tengo en cuenta como atenuantes su escolaridad incompleta, la existencia de un grupo familiar que parece contenerlo, que su pareja está cursando el octavo mes de embarazo y él procura cumplir con sus responsabilidades al respecto, el reconocimiento de su responsabilidad por estos hechos...*” (fs. 705). Pero posteriormente, al momento de fijar la pena única el tribunal solo consideró como atenuante su juventud, cuestión a la que no había hecho alusión con anterioridad (fs. 708).

En consecuencia, la propia mención de los atenuantes que había efectuado con anterioridad, obligaba al “a quo” a tenerlos en cuenta al momento de determinar la pena única, pero ello fue omitido. Por su parte, la mención exclusiva de un atenuante cuando se fijó el monto de esta última (no referido en relación al hecho conocido por él en forma directa), también pone en crisis la adecuada motivación del fallo, pues no explican los colegas de la instancia anterior por qué tuvieron en cuenta ese dato sólo en tal ocasión, y no al momento de graduar la pena en relación al suceso que constituyó el objeto del debate respectivo. Y, en definitiva, tampoco explicaron las razones por las cuales, pese a la existencia de tales atenuantes, la unificación debía efectuarse “aritméticamente”.

Finalmente, no puede soslayarse una circunstancia que termina por confirmar lo que venimos señalando.

No se encuentran agregadas al legajo copias de la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal nro. 8 en la que se impuso la pena que se unificó, ni tampoco se dejó constancia alguna de que la causa respectiva, o las partes que interesasen de esta última, hubiesen estado a la vista del Tribunal que dictó la pena única.

Contar con tales elementos deviene fundamental en todo proceso de unificación (sea de condenas o de penas), pues solamente de tal manera podrá valorarse racionalmente la magnitud de injusto y de culpabilidad respecto del o los hechos que justificaron la imposición de la sanción anterior y ello, conjuntamente con la valoración que ya hubo de efectuarse en relación al o los hechos objeto del juzgamiento llevado a cabo por el tribunal unificador, será decisivo para la adopción de alguno de los “métodos” a los que venimos aludiendo y para la fijación, en definitiva, de la pena única.

La sentencia recurrida presenta en consecuencia, en punto al tópico impugnado, una evidente carencia de fundamentación que conduce a descalificarla como acto jurisdiccional válido.

**-III-**

Por todo ello, propongo que se anule el punto dispositivo III del fallo impugnado, se aparte al Tribunal de la causa, y se remitan las actuaciones a aquel que resulte desinsaculado a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento (arts. 456, inc. 2º, y 471, C.P.P.N.)

Tal es mi voto.

**El juez Mario Magariños dijo:**

Coincido con las consideraciones efectuadas por los colegas preopinantes, toda vez que la resolución aquí impugnada presenta una fundamentación deficiente y contradictoria en punto a la determinación de la pena única establecida en el caso, circunstancia que la torna arbitraria e impide que sea considerada como un acto jurisdiccional válido, por lo que habré de compartir la solución propuesta del juez Huarte Petite, esto es, hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, anular el punto dispositivo III de la sentencia impugnada,

apartar al tribunal oral interviniente y, en consecuencia, remitir a sorteo las actuaciones a fin de que otro tribunal dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho, sin costas (artículos 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

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

**HACER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la defensa, **ANULAR** el punto dispositivo III de la sentencia impugnada, **APARTAR** al tribunal oral interviniente y, en consecuencia, **REMITIR** a sorteo las actuaciones a fin de que otro tribunal dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a derecho, sin costas (artículos 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara, regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100), hágase saber al Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 mediante oficio de estilo al que se adjuntará copia de la presente y cúmplase con la remisión ordenada, debiendo el tribunal sorteado notificar personalmente al imputado.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

PABLO JANTUS  
-EN DISIDENCIA-

MARIO MAGARIÑOS

ALBERTO HUARTE PETITE

Ante mí:

PAOLA DROPULICH  
SECRETARIA DE CÁMARA

**Poder Judicial de la Nación**

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3  
CCC 70877/2015/TO1/CNC3