

Reg. N° 495/2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 9 días del mes de mayo 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 40.553/2016/TO1/CNC1, caratulada “Sacazewizyc, Iván Mariano s/recurso de casación”, de la que **RESULTA:**

I. El 27 de octubre de 2016, el ahora Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 7, resolvió, en lo que aquí interesa, condenar a Iván Mariano Sacazewizyc (o Cristian Adrián Cufre ó Cristian Adrián Jofre) a la pena de un año de prisión y costas, por considerarlo autor del delito de hurto agravado por haber sido perpetrado mediante escalamiento, en grado de tentativa; imponerle la pena única de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la mencionada precedentemente y de la también pena única de tres años de prisión impuesta el 29 de septiembre de 2014 por el Juzgado Nacional en lo Correccional n°6 en el marco de la causa n° 34.631/14; declararlo reincidente y fijar como fecha de vencimiento de la pena única impuesta el 14 de noviembre de 2018, según los arts. 12, 29 -inc. 3º-, 42, 44, 45, 50, 58, y 163, inc. 4º, CP; 530 y 531, CPPN (cfr. veredicto de fs. 239/vta., puntos I, II, IV y V respectivamente, y sus fundamentos de fs. 245/254 vta.).

II. Contra esa decisión, el defensor público oficial del imputado, Ricardo Lombardo, dedujo recurso de casación (fs.263/279 vta.), concedido a fs. 280/281, y al que la Sala de Turno le otorgó el trámite previsto en el art. 465, CPPN (fs. 286).

III. La defensa sustentó sus agravios en ambos incisos del art. 456, CPPN. Sin perjuicio de su desarrollo posterior, pueden sintetizarse de la siguiente forma.

a. En primer término, argumentó que se había aplicado erróneamente el art. 163, inc. 4º, CP, pues no se había acreditado suficientemente la vía de acceso que Saczewizyc ó Cufre utilizó para ingresar a la finca de Ananchuri, de modo tal que el encuadre jurídico asignado era arbitrario y, en consecuencia, correspondía aplicar el principio de la duda y recalificar el hecho como hurto simple en grado de tentativa, de conformidad con lo previsto en el art. 162, CP (art. 456, incs .1º y 2º, CPPN).

b. Seguidamente alegó que se interpretaron erróneamente los arts. 15 y 24, CP, y 12 y concordantes de la ley 24.660, pues en el cómputo de pena efectuado no se tuvo en cuenta el período que Cufre cumplió bajo la modalidad de libertad condicional -con las restricciones que conlleva según el art. 13, CP- y no se dio razón alguna acerca de esa falta de ponderación (art. 456, inc. 1º y 2º, CPPN).

En consecuencia, solicitó la anulación parcial de la sentencia para que se realice un nuevo cómputo.

c. En tercer lugar, planteó la inconstitucionalidad del art. 50, CP.

d. A continuación, cuestionó las pautas de mensuración que el tribunal de grado tuvo en cuenta para graduar la pena impuesta para el hecho juzgado en esta causa, en el entendimiento de que su valoración fue arbitraria (art. 456, inc. 2º, CPPN).

e. Por último, se agravió por el método de unificación utilizado por los jueces de la anterior instancia, en tanto no había explicado los motivos por los cuales escogieron el aritmético en lugar del composicional, lo que a su criterio era arbitrario (art. 456, inc. 2º, CPPN).

IV. Sorteada esta Sala II, en el término de oficina previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, la recurrente presentó un escrito en el que reeditó y amplió los agravios expuestos en su recurso. Respecto del primero de ellos, relativo a la calificación legal, sólo agregó que tampoco se había probado que su accionar haya implicado vencer una defensa funcionalmente impuesta para proteger la cosa objeto de la acción ilícita.

V. Transitada la etapa prevista en el art. 468, CPPN, la causa quedó en estado de ser resuelta (fs. 297).

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:

De conformidad con lo previsto en los arts. 469 y 398, CPPN, los agravios planteados por la recurrente se traducen en las siguientes cuestiones a resolver, cuyo orden se propone alterar por razones de orden lógico: 1) si se acreditó suficientemente que Sacasewizyc ó Cufre trepó la medianera de la vivienda de su vecina para ingresar a ella o si resulta aplicable al caso el principio del *in dubio pro reo*; 2) en caso afirmativo, si esa acción encuadra dentro del agravante de escalamiento previsto en el art. 163, inc. 4º, CP; 3) si la mensuración de las pautas agravantes y atenuantes efectuada para graduar la pena fue arbitraria; 4) si la aplicación del método aritmético para unificar las penas fue arbitrario, en tanto el tribunal de mérito no expuso los motivos que lo condujeron a tal decisión, 5) si la falta de ponderación del lapso transcurrido en libertad condicional para el cómputo de pena única efectuado fue arbitrario; 6) si el instituto de la reincidencia es inconstitucional.

1. Razonamiento probatorio en torno a la acreditación del modo de ingreso a la vivienda de Ananchuri

a. Para tener por acreditado el modo de ingreso de Sacazewizyc ó Cufre al domicilio de Ananchuri, el tribunal de grado ponderó su testimonio, en cuanto a que no era la primera vez que aquél intentaba sustraerle sus pertenencias y que, para hacerlo, “...*se cruzaba por la pared de arriba, que tiene una altura que a ella no le dejaba ver sin tener que subirse a un banquito...*” (fs. 248 vta.). Agregó que ninguna de las puertas estaba forzada, circunstancia que permitía concluir que había ingresado mediante el escalamiento de la medianera.

b. La defensa consideró arbitraria la valoración de la prueba efectuada en torno a este extremo, y reclamó la aplicación del principio

in dubio pro reo (art. 3, CPPN), pues no había testigos que hubieran observado el ingreso del imputado al domicilio, de modo que la hipótesis del tribunal de grado en realidad era una mera especulación sin sustento.

c. El examen de este agravio remite a las consideraciones que en distintos precedentes se han efectuado con respecto a la valoración de la prueba en general, el principio *in dubio pro reo* y el significado del estándar de prueba de la duda razonable.

Así, en el precedente **“Escobar”**¹ se establecieron los criterios generales que gobiernan la valoración de la prueba, vinculados con la inmediación y la necesidad de que aquélla constituya un proceso intersubjetivo, verificable, que permita reconstruir los pasos que dio el juez para llegar a la decisión del caso.

Asimismo, en cuanto al alcance del principio *in dubio pro reo* y el estándar de la duda razonable, en los precedentes **“Taborda”**², **“Marchetti”**³ y **“Castañeda Chávez”**⁴, entre muchos otros, se estableció que duda razonable significa duda razonada, o mejor, duda justificada razonablemente, donde “razonable” equivale a carente de arbitrariedad. La consistencia de la duda no se justifica en sí misma, sino contrastándola con los argumentos proclives a la condena (o, como en este caso, a la acreditación de la circunstancia agravante); y, a la inversa, la contundencia de la hipótesis condenatoria tampoco se mide en sí, sino según su capacidad para desbaratar la presunción de inocencia y la propuesta absolutoria o más benigna.

d. Ahora bien, de la lectura de la sentencia se desprende que el tribunal de grado expuso los motivos por los cuales concluyó en que la vía de acceso a la finca de Ananchuri fue la medianera. En efecto, consideró que “...La testigo nos relató que el 11 de julio de 2016 se levantó a las seis y media de la mañana para recibir a sus nietas quienes finalmente llegaron a las siete y media. Agregó que después de prepararles el desayuno subió al lavadero y al hacerlo vio la luz {de} su cuarto prendida, por lo que abrió la puerta, que estaba cerrada sin llave, y vio que el imputado, su vecino Cristian, estaba revolviendo sus

¹ Sentencia del 18.6.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin; registro n° 168/15.

² Sentencia del 2.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 400/15.

³ Sentencia del 2.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 396/15.

⁴ Sentencia del 18.11.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 670/15.

cosas...indicó que ninguna de las puertas estaba forzada y, al ser preguntada sobre cómo podría haber entrado a su casa el imputado, explicó que se cruzaba por la pared de arriba, que tiene una altura que a ella no le dejaba ver sin tener que subirse a un banquito(...)” (fs. 248/vta.).

Por su parte, la defensa no propuso una versión diferente sobre el acceso de su asistido al inmueble de Ananchuri -como por ejemplo que se le haya facilitado el ingreso por algún motivo-, lo cual resulta relevante para resolver el caso, si se tiene en cuenta además que no se ha discutido si alguna puerta había sido forzada.

De este modo, no se advierte error alguno o quiebre lógico en la valoración efectuada y en las inferencias realizadas por el tribunal de mérito, que no fueron criticadas de un modo razonado por la defensa. Ello lleva a descartar la aplicación del principio *in dubio pro reo* reclamado por esa parte.

Es que, tal como se anticipó, la contundencia de la hipótesis acusatoria no se mide en sí misma sino en su relación con la propuesta de descargo, lo planteado por el imputado y el respeto de la presunción de inocencia. Se trata de establecer cuál de las hipótesis en pugna reúne los requisitos de no refutación y mayor confirmación que sus concurrentes. En definitiva, la valoración de la prueba desarrollada por el *a quo* en lo que respecta al modo de acceso a la vivienda -único extremo al que se circunscribió el recurso en lo que a la valoración de la prueba respecta-, luce coherente, lógico, razonable y carente de arbitrariedad; amén de no haber sido adecuadamente refutada por la parte recurrente.

Todo lo dicho conduce a rechazar este agravio.

2. Configuración del agravante de escalamiento (art. 163, inc. 4º, CP)

a. Para calificar el hecho como agravado, tras citar a Soler, quien entiende que se configura el escalamiento “*cuando el ladrón perpetra su hecho superando corporalmente los obstáculos dispuestos como defensas preconstituidas de cercamiento, mediante el empleo de un esfuerzo considerable o de gran agilidad*”⁵, el tribunal de grado argumentó que, en el caso, se había

⁵ Cfr. autor citado, *Derecho Penal Argentino*, Tomo IV, Ed. Tea, Buenos Aires, 1983, 3era edición, 9º reimpresión, pag. 222 y ss.

cumplido este requisito pues el imputado tuvo que trepar la medianera que dividía su inmueble de aquel perteneciente a Ananchuri y que para superar esa defensa debía realizarse cierto esfuerzo (fs. 250 vta./251).

b. Tal como se adelantó en el punto IV, en su presentación en términos de oficina, la defensa agregó a los argumentos de su recurso que en la sentencia no se había acreditado la supuesta energía que debería haber utilizado Sacazewizyc ó Cufre para vencer materialmente los obstáculos dispuestos, esto es, la medianera. Esto no fue agregado como un nuevo motivo de agravio sino como ampliación de aquel tratado en el punto anterior.

c. Sobre el particular, se ha dicho que “...*la sanción se ve agravada como reflejo del mayor esfuerzo que realiza el sujeto activo para vencer los obstáculos o defensas que se oponen al apoderamiento, aquí ingresando o escapando por una vía no destinada al efecto. Si bien la doctrina ha calificado esas defensas como predisuestas, ello no significa ineludiblemente que el legítimo tenedor las haya concebido como protección; alcanza con que actúen como defensas de la cosa, dificultando su apoderamiento, sin importar cómo estén construidas...Para medir si hubo escalamiento debe recurrirse a pautas objetivas, por eso la idea de defensas predisuestas, si no la calificante quedaría librada a las características físicas del autor; no es la fatiga del autor lo que agrava, sino el vencimiento de la particular defensa predisuesta...*”⁶.

De este modo, tal como ha razonado el tribunal de grado, el hecho de haber trepado a una medianera constituye, objetivamente, un esfuerzo, pues no es suficiente un simple salto para vencer una pared de 1,65 metros de altura, según se ha comprobado en la causa. A punto tal es así que la damnificada dijo que para poder ver hacia el otro lado de la medianera necesitaba subirse a un banco (fs. 248 vta. y 251).

En consecuencia, la aplicación del agravante previsto en el art. 163, inc. 4º, CP, resulta pertinente, por lo que el agravio relativo a su configuración también debe ser rechazado.

3. Mensuración de la pena

⁶ Andrés José D’ALESSIO–Director- y Mauro DIVITO –Coordinador-, “Código Penal- Comentado y Anotado”, T. II, Parte Especial, 2ª edición actualizada y ampliada, Editorial La Ley, Buenos Aires, pag. 583/584, con cita de CNCrim. y Correcc., Sala I, 1988/05/31 (JA, 1990-I-588).

a. Para graduar la pena impuesta a Saczewizyc ó Cufre por el hecho investigado en esta causa, el tribunal de la anterior instancia valoró las siguientes circunstancias *agravantes* (fs. 251 vta.):

- Ananchuri cuidó a Cufre cuando era niño;
- la avanzada edad de la damnificada;
- la precaria condición socio económica de Ananchuri, a punto tal que le pidió a los policías que intervinieron en el procedimiento que no le secuestren la ropa ya que no tenía con qué vestirse;

Asimismo, como *atenuantes*, ponderó:

- el escaso valor de los bienes sustraídos;
- la corta edad del imputado;
- sus precarias condiciones socio económicas;
- sus problemas de adicción;
- el hecho de ser el sostén económico de su familia y padre de un niño de cinco meses de edad.

b. La defensa argumentó que se habían aplicado erróneamente los arts. 40 y 41, CP, y que no se había fundado debidamente la elevación de la pena por encima de su mínimo (arts. 123 y 404, inc. 2º, CPPN), pues las agravantes tenidas en cuenta no tenían mayor tenor que las atenuantes, sumado a que se trataba de un hecho leve. Destacó que la real valoración de éstas hubiese conducido a la imposición de su mínimo.

c. En los autos “**Medina**”⁷ y “**Solplán**”⁸, entre muchos otros⁹, se señaló 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 algunos trabajos pioneros en nuestro país, hoy continúa sin estar en el centro de las discusiones. Este aspecto de la sentencia asumió particular relevancia a partir del momento histórico en

⁷ Sentencia del 3.9.15, Sala II, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 406/15.

⁸ Sentencia del 17.10.16, Sala II, jueces Días, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 820/16.

⁹ Ver “**Ceballos**”, sentencia del 3.9.15, Sala I, jueces García, Días y Sarrabayrouse, registro n° 407/15 y “**Verde Alva**”, sentencia del 22.5.17, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 399/17.

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 Estado¹⁰.

Ahora bien, la defensa de Saczewizyc ó Cufre, en lo sustancial, sólo se agravió por el mayor valor otorgado a las agravantes en relación con las atenuantes, pero no propuso otras no consideradas ni se quejó de las agravantes tenidas en cuenta como así tampoco brindó argumentos para sustentar su posición, sino que su crítica trasunta una mera disconformidad con la valoración efectuada por el tribunal de grado.

En efecto, en los precedentes “**Santos Leguizamón y Coronel**”¹¹ y “**Cardozo**”¹², entre muchos otros, se estableció que la valoración de las pautas atenuantes no puede medirse en sí misma exclusivamente, sino también en su relación con las agravantes valoradas, análisis ausente en el recurso pues se ciñó a destacar la arbitrariedad en la que el tribunal de grado habría incurrido, pero sin explicitar las razones por las cuales se les debería haber dado un valor distinto al asignado. En este sentido, la misma jurisprudencia que invoca el recurrente contradice su pretensión. Así, a fs. 277, se lee la cita de una sentencia en la que expresamente se reconoce que los casos en los cuales corresponde establecer el mínimo de la pena *son aquellos donde sólo operan circunstancias de atenuación*. Como puede apreciarse, se trata justamente de lo contrario que aquí sucede: el tribunal *a quo* consideró la existencia de agravantes, con lo cual, la jurisprudencia invocada no resulta aplicable.

Así las cosas, tampoco se advierte aquí arbitrariedad, una errónea interpretación de los arts. 40 y 41, CP o algún otro vicio en la valoración efectuada por el *a quo*. Los elementos ponderados en la sentencia constituyen circunstancias relativas a los hechos juzgados, discutidas por las partes y que forman parte de las características de la

¹⁰ Cfr. Julio B. J. MAIER, *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 382.

¹¹ Sentencia del 7.7.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 573/17.

¹² Sentencia del 27.10.17, Sala II, jueces Días, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 1070/17.

víctima, del vínculo personal que la unía con el imputado -en la sentencia se destacó que lo había cuidado cuando era niño (fs. 251 vta.)-, así como la extensión del daño causado en las particulares circunstancias del caso. De esta manera, la fijación de la pena realizada no se revela desproporcionada. En definitiva, el tribunal de mérito ha fundamentado correctamente el monto de pena discernido.

Por ello, corresponde así rechazar los agravios de la defensa sobre este punto.

4. Método de unificación utilizado

a. Para aplicar el método de unificación aritmético y arribar a la pena única de cuatro años de prisión impuesta, el tribunal *a quo*, además de las agravantes y atenuantes ya ponderadas con relación al hecho investigado en esta causa, valoró la reiteración delictiva; la identidad de víctima entre este episodio y aquel por el que fue condenado en la causa n° 34.631/14 del entonces denominado Juzgado Nacional en lo Correccional N° 6 -lo que demostraba su desprecio absoluto por las reglas de convivencia-; el haber cometido este hecho durante el período de cumplimiento de la libertad condicional que le había otorgado el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N° 3 el 30 de diciembre de 2015; como así también que ya había sido beneficiado con una composición de penas que le había resultado favorable, en tanto la pena única con la que se unificó la presente comprendía una de tres años de prisión en suspenso, por lo que, amén del cambio en el modo de cumplimiento -modificado por imperio de los arts. 26 y 27, CP-, el nuevo delito no le había reportado un aumento en el *quantum* punitivo (fs. 252).

b. La defensa se agravió por la utilización de ese método de unificación aritmético, por cuanto el tribunal no había explicado los motivos de esa opción.

Destacó que en el procedimiento previsto en el art. 58, CP, las penas a unificar perdían su individualidad, por lo que sólo subsistía la fijación de los hechos y circunstancias, que debían ser valoradas nuevamente. En consecuencia, pidió que se le aplique el mínimo

proveniente de la unificación de todas las condenas o, en su defecto, una pena única sensiblemente menor a la que se le impuso.

c. Ahora bien, del análisis de los argumentos expuestos por el tribunal de la anterior instancia se desprende que efectivamente motivó y explicó las razones por los cuales escogió el método aritmético por sobre el composicional. En este sentido, *ninguna* de las circunstancias enumeradas precedentemente (punto 4, a) ha recibido la más mínima consideración de la defensa con respecto su pertinencia o impertinencia. En este aspecto, la parte recurrente se ha limitado a exponer fórmulas generales, sin aplicarlas al caso concreto.

Sobre este punto debe recordarse que en numerosos precedentes de esta cámara se dijo que el proceso de unificación de penas no exige necesariamente la aplicación del sistema composicional¹³.

Por lo demás, tampoco se aprecian ni se explicaron debidamente en el recurso los motivos por los cuales debía aplicarse una pena menor, producto de la aplicación del método composicional, según el análisis efectuado al resolver los precedentes citados en el punto 3, c. En este sentido, los elementos valorados por la sentencia, relativos tanto a los hechos de ambas causas como a los aspectos subjetivos vinculados con el acusado, justifican y explican las razones por las cuales los colegas de la instancia anterior impusieron la pena única de cuatro años de prisión.

En definitiva, no habiéndose efectuado un adecuado desarrollo argumental sobre el asunto que habilite la jurisdicción de este tribunal, corresponde rechazar el recurso en este aspecto.

5. Cómputo

a. Para arribar al cómputo cuestionado, el tribunal de grado argumentó que “...*Dado que el acusado se encuentra detenido de forma ininterrumpida desde el 11 de julio de 2016 (cfr. fs. 4), a la fecha en que se dictó el veredicto -27 de octubre de 2016- el imputado llevaba privado de su libertad un total de tres meses y diecisiete días en detención.*”

¹³ Ver, a modo de ejemplo, el fallo “**Gurevich**”, sentencia del 21.02.18, Sala II, jueces Sarabayrouse, Morín y Días, registro n° 113/18.

“A su vez, para la causa nro. 3519 del registro del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 8, estuvo detenido un mes y para la causa 34631/2014 del Juzgado Correccional nro. 6 un año, seis meses y veinticinco días -cfr. fs. 26 del legajo de personalidad-.

“En tiempos parciales sumaban para la fecha del veredicto un total de un año, once meses y doce días, por lo que {la} pena única de cuatro años de prisión vencerá el catorce de noviembre del año dos mil dieciocho (14/11/2018).” (fs. 253 vta.).

b. La defensa alegó que, de modo implícito, se interpretaron erróneamente los arts. 15 y 24, CP, 12 y concordantes de la ley n° 24.660, pues no se tuvo en cuenta el período que Saczewizyc ó Cufre cumplió bajo la modalidad de libertad condicional -con las restricciones que conlleva según el art. 13, CP- y no se dio razón alguna acerca de esa falta de ponderación (art. 456, inc. 1° y 2°, CPPN). Destacó que esa ley era complementaria del CP y que su finalidad era que el condenado se reinserte en la sociedad, bajo un régimen progresivo, que entre sus etapas comprende a la libertad condicional.

Agregó que el fallo no exponía expresamente cuál era el criterio de interpretación que sostenía respecto del art. 15, CP, si bien se podía deducir su adscripción a uno restrictivo, según el cual la revocatoria de la libertad condicional por la comisión de un nuevo delito implicaba descontar ese lapso del cómputo. Sin embargo, al no decirlo expresamente, a su criterio, el tribunal de grado incurrió en arbitrariedad.

En consecuencia solicitó la anulación parcial de la sentencia para que se realice un nuevo cómputo.

c. Corresponde destacar que, tal como se ha sostenido en el fallo “**Álvarez López**”, el procedimiento previsto en el art. 493, CPPN, contempla que el secretario efectúe el cómputo material de los tiempos de detención una vez que el fallo se encuentre firme, que la defensa pueda impugnarlo, el tribunal revisarlo y que, contra esa resolución, pueda ser interpuesto el recurso de casación¹⁴. Sin embargo, el *a quo* no

¹⁴ Sentencia del 06.03.18, Sala de Turno, jueces Jantus, Sarabayrouse y Bruzzone, registro n° S.T. 168/18.

lo ha respetado sino que efectuó el cómputo por entender que era *conveniente* para el imputado (fs. 253 vta.).

Ahora bien, la forma en que la defensa ha introducido este agravio implícitamente cuestiona esta forma de proceder: “*La falta de referencia específica a ese lapso de tiempo y fijar la fecha de vencimiento de la pena, **permitiría** suponer que el tribunal adscribe a un criterio restrictivo sobre la interpretación del art. 15 del Código Penal...*”.

El tribunal de grado, al no aplicar este procedimiento, ha provocado la queja justificada de la defensa y, de esta forma, ha interpretado erróneamente la ley procesal aplicable al caso a la vez que la inobservó, en tanto privó a las partes de la intervención previa que les corresponde antes de resolver el vencimiento de la pena impuesta (arts. 456, incs. 1º y 2º, CPPN).

Por ello, se propone hacer lugar a este planteo y anular el punto V del veredicto de fs. 239/vta., cuyos fundamentos obran a fs. 245/254 vta., y establecer que el cómputo sea efectuado una vez que la sentencia se encuentre firme.

6. Inconstitucionalidad del art. 50, CP

a. El tribunal de grado declaró reincidente a Saczewizyc ó Cufre por haberse encontrado incorporado al régimen de condenados cuando el Juzgado Nacional de Ejecución Penal N°3 le concedió la libertad condicional. Destacó que no compartía que la aplicación del instituto dependiera de la fase de progresividad alcanzada por el interno, pues ello desvirtuaría el régimen de la ley, como se argumentó en el precedente “**Gómez Davalos**”¹⁵ de la Corte Suprema.

b. La defensa entendió que la reincidencia violaba el *ne bis in ídem*, el principio de culpabilidad, el de igualdad y el fin resocializador que las penas revisten.

c. En el precedente “**Medina**” (ya citado), con remisión a “**Salto**”¹⁶ y a “**Giménez**”¹⁷, a los que corresponde remitirse por razones

¹⁵ Fallos: 308: 1938.

¹⁶ Sentencia del 27.08.2015, Sala II, jueces Morin, Sarrabayrouse y Bruzzone, registro n° 374/15.

¹⁷ Sentencia del 10.07.2015, Sala I, jueces García, Sarrabayrouse y Días, registro n° 238/15.

de economía procesal, se dijo que la regla del art. 50, CP, define la reincidencia pero no sus consecuencias¹⁸. De este modo, luego de analizarse la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre esta cuestión, se concluyó que ese instituto es constitucionalmente válido, en tanto no vulnera el principio de culpabilidad, el *ne bis in ídem* ni la igualdad ante la ley. La defensa no ha aportado motivos adicionales para controvertir esta postura, por lo que su planteo debe ser rechazado.

Por lo demás, se advierte que el planteo de inconstitucionalidad ha sido efectuado por primera vez en esta instancia pese a que no surgió de modo sorpresivo en la sentencia del tribunal *a quo*, de modo tal que le hubiera impedido a la defensa efectuar un planteo oportuno. La aplicación del instituto de la reincidencia, ahora cuestionada por su inconstitucionalidad, fue propuesta por el fiscal general en su alegato (ver fs. 237 vta.) y ello no provocó ninguna consideración desde esa perspectiva en aquella oportunidad, circunstancia que conduce al rechazo de este agravio de conformidad con lo sostenido en el precedente “**Prado**”¹⁹, entre otros²⁰.

7. En consecuencia, se propone al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa oficial con respecto al punto V del veredicto de fs. 239/vta., cuyos fundamentos obran a fs. 245/254 vta., y disponer que el cómputo de la pena se realice en el momento oportuno conforme a lo dicho en el punto 5, c, sin costas, en tanto se trata del ejercicio del derecho al recurso del condenado (arts. 456 incs. 1º y 2º, 457, 459, 465, 468, 469, 470, 471, 493, 530 y 531 CPPN).

El juez Daniel Morin dijo:

¹⁸ Cfr. GARCÍA, Luis, *Las disposiciones sobre reincidencia en el Código Penal. Su escrutinio constitucional y el estado de la cuestión en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, en Leonardo G. Pitlevnik (Director), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 15, Hammurabi, Buenos Aires, p. 37 y sigs.

¹⁹ Sentencia del 1.12.16, Sala II, jueces Sarrabayrouse, Niño y Morin, registro n° 965/16.

²⁰ Ver “**Scaturchio**” (Sentencia del 11.9.17, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 830/17), “**Usqueda**” (Sentencia del 28.11.17, Sala II, jueces Morin, Días y Sarrabayrouse, registro n° 1227/17) y “**Martínez**” (Sentencia del 2.6.17, Sala II, jueces Niño, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 428/17).

1. Comparto, en lo sustancial, las consideraciones y la solución propuesta por el juez Sarrabayrouse en los puntos 1 a 3 de su voto, referidos a la acreditación del hecho que tuvo por probado el tribunal, la calificación legal que cabe asignarle y el monto de pena aplicable al caso concreto.

2. Por otra parte, en materia de unificación tengo dicho que en el caso de unificación de penas se debe acudir, como principio general, al método de la suma aritmética de ambas sanciones, dado que, si el condenado decide delinquir mientras está cumpliendo pena, resultaría contrario a los criterios de la prevención especial que pudiera merecer por el segundo delito un reproche punitivo en el que no estuviera reflejada en su integridad la magnitud de la pena por el nuevo hecho ya que, de componerse, la sanción que merecería por este último se diluiría.

Ello, sin perjuicio de señalar que corresponde apartarse de ese criterio y recurrir al sistema de composición o al principio denominado de la aspersion cuando concurren circunstancias excepcionales que ameriten tal apartamiento²¹.

En el caso concreto no solo no se advierten esas circunstancias excepcionales que conducirían a apartarse del principio general aludido sino que, además, el recurrente no se ha hecho cargo de rebatir los argumentos expuestos por el *a quo* al fundamentar la aplicación del método aritmético ni ha explicado por qué razón la pena única debió ser inferior a la impuesta.

Sobre esta base, coincido también con la solución a la que arriba el mencionado colega en el punto 4 de su voto.

3. En otro orden de ideas, disiento con su propuesta en lo que atañe al cómputo de pena efectuado en la sentencia, porque si bien es cierto que el *a quo* lo ha practicado sin que estuviera firme el pronunciamiento dictado, tal proceder no mereció reproche por parte del recurrente, que solo se limitó a criticar la exclusión de ese cómputo

²¹ Causas “Pumara”, n° 28693/2015, rta. el 16/2/17, reg. n° 83/2017 y “Cura”, n° 31805/2016/TO1/CNC1, rta. el 21/11/17, reg. n° 1192/17 –entre otras–.

provisorio del período que su asistido estuvo bajo la modalidad de libertad condicional.

Aclarado lo anterior, cabe tener presente que el art. 15, CP establece que *“La libertad condicional será revocada cuando el penado cometiere un nuevo delito o violare la obligación de residencia. En estos casos no se computará, en el término de la pena, el tiempo que haya durado la libertad...”*.

Asimismo, se observa que según surge de las constancias de la causa:

a. El 29 de septiembre de 2014, el Juzgado Nacional en lo Correccional n° 6 condenó a Cufre a una pena de tres meses de prisión, en el marco de la causa n° 34.631/14 y le impuso la pena única de 3 años de prisión de efectivo cumplimiento -comprensiva de la mencionada y de la dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 8 el 10 de febrero de 2012 en la causa n° 3519, a 3 años de prisión en suspenso-. Practicado el cómputo de pena, se fijó que esa sanción iba a vencer el 5 de mayo de 2017;

b. El 30 de diciembre de 2015, el Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 3 le concedió la libertad condicional, que se hizo efectiva en esa fecha (fs. 17 del legajo de personalidad);

c. El 11 de julio de 2016 fue nuevamente detenido en el marco de la presente causa a raíz de la comisión de un nuevo hecho, por el cual fue condenado el 27 de octubre de 2016.

Desde esta óptica, de conformidad con lo expuesto en el precedente **“Torres”**²², la libertad condicional fue correctamente revocada por el *a quo*, en tanto la comisión del nuevo hecho y la revocación del instituto se llevó a cabo con posterioridad a su concesión y antes de que se hubiera agotado el cumplimiento de esa condena previa.

La consecuencia de ello es que aquel tiempo en que gozó de la libertad condicional ahora deberá transitarlo bajo la modalidad de encierro carcelario.

Ahora bien, aunque el recurrente intenta sustentar su posición en las restricciones a la libertad que se desprenden de la

²² Causa n° 7405/2012/TO1/CNC1, rta. el 9/10/17, reg. n° 977/17.

imposición de la libertad condicional, no se ha ocupado en su impugnación de cuestionar el extremo que sirvió de base al tribunal para excluir del cómputo el período cuya inclusión ahora reclama, ya que no ha impugnado la revocación dispuesta.

Por lo demás, tampoco ha ofrecido una interpretación del art. 15, CP compatible con la solución que pretende.

De este modo, no se advierte la arbitrariedad alegada por la parte al practicar el cómputo, por lo que este motivo de agravio también de ser rechazado.

4. Por último, en lo relativo al planteo de inconstitucionalidad del art. 50, CP, tal como lo sostuve en los precedentes “**Sarno**”²³, “**Medina**”²⁴ y “**García**”²⁵ -entre otros-, nuestro máximo tribunal ya se ha pronunciado sobre la cuestión jurídica a resolver en este asunto, pues en el fallo “Arévalo” (Fallos: 337:637) ratificó la constitucionalidad de la reincidencia por remisión a la doctrina permanente de ese tribunal, explicitada en “Gómez Dávalos” (Fallos: 308:1938), “L’ Eveque” (Fallos: 311:1451) y “Gramajo” (Fallos: 329:3680), aún después de que adquirieran rango constitucional las reglas establecidas en el art. 5.6 de la CADH y 10.3 del PIDCyP.

Por lo tanto, las objeciones introducidas por el impugnante ya han sido materia de análisis de nuestro más Alto Tribunal que, como intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes subordinadas a aquélla, ha sostenido que su contenido en nada vulnera las garantías constitucionales cuestionadas por el impugnante, lo que lleva a rechazar también la impugnación en lo que a este aspecto se refiere.

5. Sobre esta base, voto por rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa oficial de Cufre, con costas, por resultar la parte vencida (arts. 456, 465, 468, 469, 470 y 471 a *contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

El juez Horacio Días dijo:

²³ Causa n° 49.723/2013/TO1/CNC1, rta. el 8/10/2015, reg. 535/15.

²⁴ Causa n° 17.733/2012/TO1/CNC1, rta. el 3/9/2015, reg. 406/15.

²⁵ Causa n° 19.797/2008/TO1/1/CNC1, rta. el 18/9/15, reg. 471/15.

Adhiero en un todo al voto del juez Sarrabayrouse, salvo en el punto 5 de su voto, respecto de lo cual entiendo acertada la posición del juez Morin en el punto 3 de sus fundamentos, al igual que en lo relativo a la imposición de costas. Por todo ello, voto por rechazar el recurso de casación en todo cuanto fue materia de agravio.

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

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa de Iván Mariano Sacazewizyc ó Cristian Adrián Cufre ó Cristian Adrián Jofre y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia recurrida, en todo cuanto fue materia de recurso; con costas (arts. 456, inc. 1º y 2º, 459, 465, 468, 469, 470 y 471 *a contrario sensu*, 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° 7, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

EUGENIO C. SARRABAYROUSE

DANIEL MORIN

HORACIO DÍAS

Ante mí:

PAULA GORSO
SECRETARIA DE CÁMARA