

## Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I  
CCC 46935/2014/TO1/CNC1  
Reg. n°1191 /2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 26 días del mes de septiembre del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Patricia M. Llerena, Luis F. Niño y Luis Mario García, asistidos por el secretario actuante, a efectos de resolver el recurso de casación interpuesto por la defensa de Julio Alberto Benítez, en la presente causa n° 46935/2014/TO1/CNC1, n° interno 4808 del registro del TOC n° 19, caratulada “**BENÍTEZ, Julio Alberto** s/tenencia de arma de guerra en concurso ideal con encubrimiento”, de la que **RESULTA:**

1. Por decisión del 27 de septiembre de 2016 (cfr. fs. 506/507), el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 19, compuesto por los jueces Horacio E. Barberis, Eduardo C. Fernández y Liliana Noemí Barrionuevo –que lideró el acuerdo- resolvió, en lo que aquí interesa:

*“I. NO HACER LUGAR a los planteos de NULIDAD formulados por las defensas en cuanto a las detenciones de Julio Alberto Benítez y Claudio Marcelo Filguiera.*

*II. NO HACER LUGAR al planteo defensista en torno a la declaración de la INCONSTITUCIONALIDAD del art. 50 CP.*

*(...) IV. CONDENAR a JULIO ALBERTO BENITEZ, (...) a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISION, MULTA DE CUATRO MIL PESOS (\$4000) y COSTAS, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de tenencia de arma de uso civil en concurso ideal con el delito de encubrimiento, de conformidad con los arts. 29 inc. 3°, 45, 54, 189 bis inc. 2° primer párrafo y 277 inc. 1° “c” del Código Penal.*

*V.) DECLARAR a JULIO ALBERTO BENITEZ (...) REINCIDENTE (art. 50 del Código Penal).”*

Con posterioridad, pero el mismo día, se dieron a conocer los fundamentos del fallo (ver fs. 511/549vta.)

2. Contra esa decisión el Sr. Defensor Público Coadyuvante de la Unidad de Letrados Móviles de la DGN, Adrián P. Forte, interpuso recurso de casación con apoyo en dos agravios: el primero, referido al rechazo de la nulidad articulada durante el juicio respecto de la detención y requisita de Benítez que dio origen a esta causa; el segundo, referido al pedido de declaración de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia previsto en el art. 50 CP (fs. 552/560vta.).

Por su parte, la Sra. Defensora Pública Oficial, Dra. María Florencia Hegglin, de la unidad de actuación ante esta cámara, se presentó en el término de oficina mejorando los fundamentos de su colega y agregó, como “agravio nuevo” dos cuestiones; por un lado, y sin perjuicio de insistir en la declaración de inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia, cuestionó la manera arbitraria en que ella había sido impuesta y, asimismo, cuestionó, por arbitraria, la determinación judicial del monto de la pena impuesta a Benítez (fs. 573/581vta.).

3. Superada la instancia prevista en los arts. 465 y 468 CPPN, y luego de la deliberación pertinente (art. 469 CPPN), el tribunal resolvió del siguiente modo.

La jueza **Patricia M. Llerena** dijo:

***1. Admisibilidad de los agravios del recurso de la defensa y de los motivos de impugnación agregados en término de oficina***

El recurso de la defensa dirigido contra una condena (art. 459 CPPN), a la luz de la doctrina que surge del conocido fallo “Casal” de la CSJN, resulta admisible, en relación con ambos agravios introducidos en aquél, que se subsumen, respectivamente, en los incisos 1º y 2º del art. 456 CPPN.

Conforme con la inteligencia del citado precedente de la CSJN, se debe agotar la capacidad de revisión de todo aquello que sea “revisable” en esta instancia, en donde el límite lo traza la percepción directa que los jueces del tribunal de juicio obtienen de la prueba a través de la inmediación, para la determinación de los hechos que acreditan la imputación o, como en este caso, para analizar un planteo de nulidad que podría fulminar la investigación desde su origen.

En el caso, además de esos dos agravios descriptos (nulidad de detención e inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia), la defensa en el término de oficina (art. 466 CPPN) ha introducido dos nuevos agravios: el primero, relativo a la presunta errónea aplicación al caso del instituto de la reincidencia; el segundo, dirigido a cuestionar la mensuración de pena que se ha efectuado en el caso.

Entiendo que estos nuevos agravios merecen suerte diversa de los expresados primigeniamente en cuanto a su admisibilidad.

Debe repararse, en primer lugar, que una interpretación literal del texto de la ley procesal vigente no permitiría que una vez interpuesta y concedida la impugnación, el recurrente introduzca nuevos motivos de agravio (arts. 465 y 466 CPPN).

No obstante ello, entiendo que esta Cámara debe tomar intervención con relación a aquellos agravios que denuncian la validez de alguna disposición de la sentencia de condena, en la medida en que se trate de nulidades *“que impliquen violación de las normas constitucionales”*, tal como ha quedado asentado en diversos precedentes a los que remito en honor a la brevedad<sup>1</sup>.

En definitiva, y como se concluyó en los precedentes citados, si tal clase de nulidades pueden ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso (art. 168, segundo párrafo, CPPN), debe admitirse que los recurrentes puedan llamar la atención a esta Cámara sobre tales nulidades en el plazo de oficina, aunque no hubiesen constituido un motivo de agravio al momento de la interposición del recurso.

Así, el primero de los agravios introducidos en el término de oficina, no sólo se encuentra estrechamente vinculado a uno de los agravios que sí ha sido planteado en el recurso (inconstitucionalidad de la reincidencia), sino que se erige en la idea de que se ha declarado la reincidencia del condenado sin que, en el caso, se verifiquen los extremos de hecho necesarios para que ello tenga lugar, lo que, de constatarse, importaría una nulidad de orden absoluto.

---

<sup>1</sup> Cfr., por todos, el voto del juez García en causa “Bustos, Mónica A. y Espínola Villaba, Juan D. s/tenencia de arma de guerra”, reg. n° 1037/2016.

Concluyo, entonces, que en lo que atañe al primero de los agravios introducidos en término de oficina, esta Sala está habilitada a examinarlo.

Por el contrario, el segundo agravio introducido en el término de oficina presentado por la defensa de Benítez, el cual cuestiona la mensuración de la pena, no puede ser admitido por los fundamentos expresados en el precedente antes citado.

Así expuesta la cuestión, corresponde adentrarme en la consideración de los agravios que sí resultan admisibles en el caso.

***2. Agravio vinculado a la nulidad del procedimiento inicial en cuanto a la detención del imputado y a la requisita de su vehículo.***

Los defensores nos proponen descalificar el procedimiento de inicio porque los funcionarios policiales habrían actuado más allá de lo que las leyes y la jurisprudencia los autorizan, tanto en lo que se refiere a la inicial aproximación al lugar donde estaban Benítez y Filgueira para identificarlos, como para proceder a su detención y a la requisita de lo que había dentro de la caja de zapatos que, previamente, vieron que Filgueira entregaba a Benítez dentro de una bolsa, siendo aproximadamente las 22:10 de la noche del 7 de agosto de 2014, en la intersección de Humberto Primo y Alberti de esta ciudad, mientras miraban para todos lados evidenciando estar nerviosos en esa actitud.

Debe señalarse que la propia defensa no niega esta circunstancia, sólo que la interpreta de una forma distinta al modo en que lo hicieron los jueces que dictaron la sentencia recurrida.

Sostiene la defensa, en ese sentido, que *“el hecho que dos personas, a las 22:10 hs., en la intersección de Humberto Primo y Alberti de esta ciudad, estén mirando para todos lados mientras intercambian una bolsa con una caja adentro, no es un indicio inequívoco que permita presumir que se está cometiendo (o que se haya cometido) un ilícito. Es más, agrega la defensora Hegglin, teniendo en cuenta el horario y la zona señalados, entiendo que cualquier persona podría estar nerviosa si tuviera en su poder algún elemento de valor”*, considerando que al proceder de esa forma los funcionarios policiales se habrían apartado de las previsiones de lo dispuesto en la ley 23.950.

Y agrega a continuación que de considerarse *“que dichas circunstancias ameritaban la intervención policial con fines identificatorios, una vez cumplido exitosamente con este objetivo (como ocurrió en este caso), no existían motivos que habilitaran continuar con la demora de las personas, pues la mentada ley así lo establece.”*

La afirmación de que *“no existían motivos que habilitaran continuar con la demora de las personas”*, omite considerar cuál fue el motivo que determinó a los funcionarios policiales a acercarse al vehículo donde estaban Benítez y Filgueira para interrogarlos con *“fines identificatorios”*. No se trata de un caprichoso caso de olfato policial donde, arbitrariamente y sin razón alguna, se detiene a alguien y se detecta un ilícito, *ex post*, sin justificación *ex ante* que lo legitime.

*Ex ante* el motivo fue haber visto, en el horario y lugar mencionado, a Filgueira cuando le entregaba a Benítez una bolsa, en una actitud que daba cuenta del nerviosismo que ambos tenían en que no se advirtiera lo que estaban haciendo; por eso, la actitud de *“mirar para todos lados en ese momento”* se consideró sospechosa, habilitando *ex ante* el interrogatorio y la requisita de la bolsa que contenía una caja de zapatos donde se encontró la *“pistola semiautomática, de simple acción, calibre 9x19 mm., licencia FN-Browning, n° 22931, serie O19431 con logo de la PFA, junto con un estuche cargador conteniendo en su interior cinco cartuchos de bala del mismo calibre, con vainas de latón militar color dorado, sin reborde, con garganta, equipados con punta de tipo ojival truncada encamisada, con estampa en sus culotes que reza ‘9x19 FLB 2011’”*, por cuyo encubrimiento y tenencia Benítez fue condenado.

La secuencia acerca del modo en que se ha llevado a cabo el procedimiento de prevención y las normas de aplicación fueron correctamente analizadas en el fallo para rechazar la impugnación. La jueza Barrionuevo, a la que adhirieron sus colegas, lo fundamentó de la siguiente manera:

*“En el presente caso debe señalarse que fue, tras observar una actitud sospechosa en los nocentes, que el Cabo Olivera y el Cabo 1° Aguiar, procedieron a la identificación de aquéllos, exclusivamente identificación y preguntas generales, accediendo sin inconvenientes Benítez, propietario del rodado, a que se lo observara*

desde el exterior, siendo a su vez el nombrado quien alcanzara la documentación al preventor,-evidentemente todo ello a contrario de las expresiones dadas por el señor Defensor Dr. Forte en su alegato respecto al estudio de la situación: detienen, requisan e identifican, en ese orden”.

Agregando que: “Este acto que resalto, es el que a mi criterio establece un primer segmento, autónomo al que a posteriori se presentó, **esto fue la actitud renuente de Benítez sobre un interrogatorio concreto en cuanto al contenido de una bolsa, aunado a que en esos instantes el nombrado intentó extraer de dentro de una caja de zapatos que se hallaba en el interior de aquella un arma, acción que observó el Cabo Olivieri. Fue esta la secuencia que motivó el aviso a su compañero, el hoy Sargento Aguiar, del peligro exponencial al que estaban expuestos, y que inició al procedimiento que concluyó con la incautación del arma y a la detención de los nocentes**”(sin resaltado en el original).

“Así es que considero que, se cumplimentó con el requisito exhortado en el inciso ‘a’ el artículo 230 bis, del Código de Forma, ya que aquella actividad cometida por Benítez, se ve comprendida dentro de las circunstancias concomitantes asumidas por la citada norma, pues evidenció ser razonable y objetivamente justificó la actividad del personal policial, superándose a mi entender el grado de sospecha legalmente pretendido, siendo el resultado al hallarse el arma destacada proceder a su secuestro conforme el acta de fs. 7 y vta. , y tan luego a la detención de Benítez y Filgueira, que se asentó en las actas de fs. 5 y 6, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 284 del Código de Procedimientos Penal de la Nación”.

“Respecto a la actividad de los preventores también cuestionada por la Defensa, cabe decir que el Cabo Olivera fue concreto al explicitar que **el llamado de atención ante el nerviosismo observado en quien recibía el paquete, fue el que amén de ser de noche transitaban por una zona frecuentada por consumidores de droga. Va de suyo que si éstos allí concurrían es porque obtenían lo que su adicción les requería, por lo que su labor de preventiva, más allá que las investigaciones no deben abarcar solo el narcotráfico, fue la apropiada, debiéndose desde este aspecto asimismo recordar la normativa del artículo 187 de la ley 23.984, conforme el texto del artículo 88 de la ley 24121,**

*juntamente con los artículos 248 y 249 del Código Penal de la Nación.*”(sin resaltado en el original)

Estas circunstancias fácticas, evaluadas conforme las normas que reglamentan la actividad de los funcionarios policiales, son las que justifican su obrar y legitiman el inicio del proceso con la incautación del arma. Como lo destaca la sentencia, los funcionarios policiales se encontraban en esa zona de la ciudad encomendados a prevenir delitos vinculados a la ley de drogas; el dato objetivo de ver la forma en que se entregaba un paquete en una actitud que denotaba su clandestinidad, los habilitó para actuar como lo hicieron, sin perjuicio que el resultado de lo que se incautó se relacionara con un delito que no se relaciona directamente con la ley 23.737, toda vez que al efectuar la requisa se constató *a simple vista* que dentro de la caja de zapatos había una pistola, con escudo de la Policía Federal, lo que ponía en evidencia la ilicitud de esa tenencia.

Por lo expuesto, el agravio que pretende nulificar el procedimiento inicial, debe ser rechazado.

***3. Agravio vinculado a lo dispuesto en el art. 50 del Código Penal: inconstitucionalidad del instituto de la reincidencia.***

Entiendo que este planteo debe ser rechazado. En efecto, la CSJN se inclinó sobre la constitucionalidad de la reincidencia en el caso “*Arévalo*”<sup>2</sup>.

Si bien las sentencias de la CSJN deciden sobre el caso en concreto y sus fallos no resultan obligatorios para casos análogos, aquellos deben servir como guía para los tribunales inferiores, y existe el deber de conformar las decisiones de los tribunales inferiores a las sentencias del máximo tribunal del país dictadas en casos similares, cuyo deber se sostiene en su carácter de último intérprete de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de actividad jurisdiccional (doctrina de la CSJN de los casos

---

<sup>2</sup> A. 558, L° XLVI, “*Arévalo, Martín Salomón*”, rta. 27/05/2014, CSJ 133/2013 RH.

“Cerámica San Lorenzo, S. A.”<sup>3</sup>, “Pulcini, Luis B.”<sup>4</sup>, “González, Herminia”<sup>5</sup>, entre muchos otros).

En el caso particular, coincido con la postura de la CSJN en el caso mencionado, por los argumentos desarrollados en extenso en el caso Monjes<sup>6</sup> de esta Sala —al que también remito en honor a la brevedad—.

Concluyo, en definitiva, que debe rechazarse el recurso en cuanto cuestiona el rechazo de la inconstitucionalidad promovida.

### ***3.1. Agravio vinculado a la aplicación del art. 50 del Código Penal.***

La defensa, durante el término de oficina, introdujo como agravio la “*arbitraria aplicación del art. 50 del CP*”.

Sostuvo, al respecto, que al evaluar la procedencia de la declaración de reincidencia, el tribunal se conformó con considerar que Benítez había cumplido parte de la pena como condenado, cuando, en el marco de una interpretación respetuosa del principio de analogía *in bonam* parte, resulta necesario que hubiese cumplido, en calidad de condenado un tiempo igual o superior a las dos terceras partes de la condena que le fuera entonces dictada o que en aquella condena hubiese alcanzado el período de prueba dentro del régimen de progresividad de las penas privativas de la libertad establecido en la ley de ejecución de la pena.

En definitiva, cuestiona que, en el caso concreto, pudiese tenerse por acreditados los requisitos objetivos que demanda la ley para considerar reincidente al condenado.

A mi modo de ver es necesario que el condenado haya tenido la posibilidad de ingresar al período de prueba, por lo que necesita haber cumplido al menos la mitad de la condena.

En el marco de esta incidencia se requirió el legajo de ejecución de la condena que se tuvo en consideración al declararse reincidente a Benítez.

---

<sup>3</sup> CSJN, Fallos: 307:1094

<sup>4</sup> CSJN, Fallos: 312:2007

<sup>5</sup> CSJN, Fallos: 323:555

<sup>6</sup> Cfr., causa “Monjes” CCC 55133/2017/TO1/CNC1, rta. 17/08/18, reg 966/18.

Con ello como norte, aunque el legajo no fue remitido a pesar de haber sido solicitado por esta instancia (fs. 585), en los autos principales obra información relevante para decidir este agravio. En efecto, conforme surge de la certificación obrante a fs. 591, se advierte que Julio Alfredo Benítez recuperó su libertad, con fecha 17 de febrero de 2012, tras haber agotado la condena de dos años y dos meses de prisión de efectivo cumplimiento que había sido impuesta por el TOC n° 21, y que, en el contexto de la ejecución de esa pena, se le había denegado la libertad asistida con fecha 3 de noviembre de 2011(aunque por un evidente error material, se lee 2018).

Por ello, Julio Alberto Benítez en el cumplimiento de la pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 21, que adquirió firmeza el 21/10/2010, ha tenido la posibilidad temporal de acceder a los beneficios liberatorios como condenado, razón por la cual se han dado las condiciones legales para ser declarado reincidente.

Por otra parte, tal como se desprende del fallo de la CSJN "*Romero, Christian Maximiliano s/ Causa n° 7049*"<sup>7</sup>, no pueden ser computados -a los fines de establecer si es reincidente- los plazos en los que estuvo en prisión preventiva.

Sobre el punto, remito al desarrollo que efectué en el precedentes "*Conde*"<sup>8</sup> de esta Sala (con las respectivas remisiones a los precedentes "*Arredondo*", "*Paz*" y "*Sotelo*" entre otros, del TOC n° 26).

Así las cosas, se advierte que en el caso, la declaración de reincidencia se adoptó con pleno cumplimiento de la normativa que lo rige, razón por la cual, también en este acápite el recurso debe ser rechazado, lo que así propongo al acuerdo.

**4.** En definitiva, propongo al acuerdo, I. DECLARAR INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por la defensa de Julio Alberto Benítez en cuanto cuestionó la determinación de la pena establecida, y II. RECHAZAR el recurso de casación en relación con los restantes motivos de agravio introducidos, confirmando la resolución de fs. 511/549, de fecha 27 de septiembre de 2016, en todo cuanto fue

---

<sup>7</sup> CSJN, Fallos 333:1075, rta. 15/6/2010.

<sup>8</sup> CNCCC, Sala 1, "CONDE, Enzo Leonel s/recurso de casación", cn° 37.505/2015/TO1/CNC1, Reg. n° 448/2018, rta. 9/5/18

materia de recurso, con costas (arts. 456, 465, 466, 470 y 471 *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

El juez **Luis F. Niño** dijo:

1. En primer término, debe señalarse que el recurso de casación es admisible pues se dirige contra sentencia definitiva. Por lo demás, el recurso interpuesto se inscribe dentro de los motivos de casación estipulados en el art. 456 CPPN. En particular, se agravió respecto al rechazo de la nulidad planteada durante el juicio respecto a la detención y posterior requisita efectuada a su asistido. Por otro lado, se agravió respecto del rechazo del planteo de inconstitucionalidad que esa parte formuló respecto del art. 50 CP.

En la oportunidad prevista en el art. 466 CPPN, introdujo nuevos agravios relativos a la arbitrariedad en la que incurrió el *a quo* tanto en la aplicabilidad de la declaración de la reincidencia como así también de la fundamentación efectuada respecto de la mensuración de la pena. He de poner de relieve que tal como lo vengo sosteniendo desde el precedente **“Monasterio”**<sup>9</sup> de este colegiado, el criterio según el cual la admisión o el rechazo de la posibilidad de introducir planteos –ya sea en el término que reglamenta el art. 466 o en el que regula el 468 del digesto ritual– implica, en definitiva, admitir o denegar la eventualidad de aportar nuevos argumentos para defender la solución que a la parte interesa, ya que si bien es cierto que la presentación de nuevos agravios en el aludido lapso es contraria a la letra del art. 463 *in fine* del digesto ritual, el planteo debe ser de recibo a partir de los lineamientos fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente **“Casal”**<sup>10</sup>, hito jurisprudencial a partir del cual han menguado las formalidades y exigencias pétreas que regulan el exceso al recurso del imputado, en función de brindar plena operatividad a los arts. 8.2. “h” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En definitiva, no existe un óbice formal a la admisibilidad del recurso en trámite.

---

<sup>9</sup> “MONASTERIO, Alan y RUOCCO, Alejandro Lucas s/ robo con armas”, CCC 46517/2014/TO1/CNC1, Sala 3, Reg. n° 453/15, resuelta el 11 de septiembre de 2015

<sup>10</sup> CSJN, Fallos: 328:3399

2. Por otro lado, respecto al agravio relativo a la nulidad del procedimiento que culminó con la detención y requisa de Benítez, voy a adherir en lo sustancial a las consideraciones efectuadas por la colega que lidera el acuerdo y, en consecuencia, concurriré a rechazar el agravio formulado por la esmerada defensa técnica.

3. En lo que atañe al pedido de inconstitucionalidad del artículo 50 CP, articulado por la defensa, advierto que la temática a tratar es análoga a la resuelta en el precedente **“Cajal”**<sup>11</sup> de este colegiado –el cual, a su vez, refiere a los considerandos expuestos en **“Obredor”**<sup>12</sup>–, al que me remito por razones de practicidad.

En esa ocasión declaré la inconstitucionalidad de esa norma, por entender que dicho instituto conculca los principios de igualdad ante la ley, de legalidad, de lesividad y de culpabilidad por el hecho (arts. 16, 18 y 19 CN, 11.2 DUDH y 9 CADH), así como el de prohibición del doble juzgamiento y/o punición (art. 33 CN y 14.7 PIDCP).

En función de ello, correspondería hacer lugar al planteo de la defensa, declarando la inconstitucionalidad del art. 50 CP y, consecuentemente, anulando el punto dispositivo II y V de la sentencia impugnada (artículo 475 CPPN), por cuanto rechazó el planteo de inconstitucionalidad y declaró reincidente al epigrafiado.

Sin perjuicio de lo expuesto, atento a que en la deliberación los colegas de la Sala 1 han ratificado su criterio –contrario al del suscripto–, y en consecuencia han rechazado la inconstitucionalidad del art. 50, CP promovida por la defensa, me veo vencido en este punto y corresponde que me expida sobre la pretensión subsidiaria de la asistencia técnica del imputado en relación a la posibilidad de aplicar el instituto en el caso traído a estudio.

Al respecto, existen diversos criterios en la doctrina y en la jurisprudencia acerca de cuándo correspondería considerar reincidente a una persona. Entiendo que, en la hipótesis de considerarse constitucional el instituto en ciernes, corresponde, tal como lo sostiene la

---

<sup>11</sup> *“CAJAL, Hugo Ernesto s/ robo”*, CCC 31507/2014/TO1/CNC1, Sala 3, Reg. n° 351/15, resuelta el 14 de agosto de 2015

<sup>12</sup> *“OBREDOR, Mariano Pablo s/ Legajo de ejecución penal”*, CCC 25833/2014/TO1/2/CNC1, Sala 3, Reg. n° 312/15, resuelta el 4 de agosto de 2015

defensa y como señale en los precedentes “Gutiérrez”<sup>13</sup> y “Acosta”<sup>14</sup> de este colegiado, estar a un criterio de máxima restrictividad en su aplicación. Resulta entonces, a mi modo de ver, atinado el criterio sostenido por la defensa que da cuenta de que solo aquel que haya cumplido en detención, como condenado, al menos dos tercios de la condena previa podrá ser tenido por reincidente al dictarse una nueva condena.

En tal sentido, como señala la colega que vota en primer término, en el caso se verifica que el imputado no ha cumplido los dos tercios de la pena anteriormente impuesta en carácter de condenado. En efecto, la firmeza de la sentencia precedente (a dos años y dos meses de prisión) aconteció el 21 de octubre de 2010, y Benitez recuperó la libertad el día 17 de febrero de 2012, esto es, a los 15 meses y 27 días de estar privado de libertad en condición de condenado, cuando los dos tercios de pena se habrían cumplido a los diecisiete meses y diez días.

Así las cosas, corresponde hacer lugar al recurso en este punto y dejar sin efecto la declaración de reincidencia de Benítez.

4. Finalmente, resta analizar el agravio relativo a la arbitrariedad en el juicio de determinación judicial de la pena impuesta al imputado. En este sentido, en el voto de la magistrada Barrionuevo –al que adhirieron los Drs. Barberis y Fernández– se sostuvo que “*a los fines de graduar la sanción a imponer, tengo en cuenta la modalidad, naturaleza y extensión en el perjuicio de la actividad ilícita en el hecho aquí en estudio desplegada por el encausado, a lo que se aduna la nocturnidad aprovechada para cometer el ilícito y los antecedentes penales condenatorios que registra*”.

Es oportuno recordar que la Corte Suprema resolvió, en el histórico precedente “Rey”<sup>15</sup>, que son arbitrarias aquellas decisiones “*desprovistas de todo apoyo legal, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces, y no cuando haya simplemente interpretación errónea de leyes, a juicio de los litigantes*”. Por otro lado, también afirmó que “*la referida tacha no tiene por objeto corregir en una nueva instancia pronunciamientos equivocados o que se reputen tales, pues sólo*

---

<sup>13</sup> “GUTIERREZ, Julio Horacio y ARLATI, José María s/ robo con armas”, CCC 55624/2014/TO1/CNC1, Sala 2, Reg. n° 443/16, resuelta el 13 de junio de 2016

<sup>14</sup> “ACOSTA, Cesar Ariel s/ recurso de casación”, CCC 56523/2014/TO1/CNC1, Sala 2, Reg. n° 913/16, resuelta el 14 de noviembre de 2016

<sup>15</sup> CSJN, Fallos 112:384

*se refiere a los supuestos de omisiones o desaciertos de gravedad extrema*<sup>16</sup>. En el caso, se verifica uno de estos supuestos, en la medida que el *a quo* asentó el *quantum* de la pena en una formula dogmatica desvinculada de las condiciones personales del agente y del injusto imputado. De esta forma, la ausencia de razonamiento en la motivación de la pena torna arbitraria la sentencia condenatoria por fundamentación aparente respecto del aspecto aquí analizado.

De la transcripción efectuada surge como único elemento aplicable al caso la nocturnidad en la que ocurrió el hecho por el que Benítez fue condenado. Ahora bien, ese elemento aislado, desprovisto de vinculación específica con el ilícito reprochado, no puede ser considerado suficiente para mensurar la pena que se impuso al nombrado.

La alusión a los antecedentes condenatorios del imputado tampoco puede ser admitida en tanto, como señale en el ya citado precedente **“Obredor”**, resulta desacertado agravar la pena, por razones preventivo-especiales, asignando mayor responsabilidad al autor a partir de la existencia de una condena anterior. A esa objeción se suma la que implica la palmaria violación al principio *ne bis in ídem*, conforme al cual nadie puede ser juzgado ni sancionado dos veces por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme dictada de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada ordenamiento jurídico (arts. 40 y 41 CP).

En consecuencia, corresponder hacer lugar al planteo defensivo, anular el punto IV de la sentencia impugnada y reenviar el caso al tribunal de origen a fin de que se expida nuevamente respecto a la pena que corresponde imponer a Julio Alberto Benítez por el hecho por el que fue condenado.

5. Por las consideraciones expuestas, propongo al acuerdo: 1) rechazar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la defensa de Julio Alberto Benítez y, en consecuencia, confirmar el punto I de la sentencia dictada por el 27 de septiembre de 2016 por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 19 de esta ciudad; 2) hacer lugar

---

<sup>16</sup> CSJN, Fallos 308:641

parcialmente al recurso de casación, casar los puntos II y V de esa sentencia declarando la inconstitucionalidad del art. 50 CP; y, en subsidio, hacer lugar al recurso de la defensa y dejar sin efecto el punto V de aquella; 3) anular el punto IV en cuanto dispuso condenar al nombrado a la pena de un año y seis meses de prisión, multa de cuatro mil pesos y costas, y reenviar el caso al tribunal de origen para se expida respecto al monto de la pena a imponer, sin costas, atento al éxito alcanzado (arts. 456, 465, 466, 468, 470, 471, 530 y 531 CPPN).

El juez **Luis M. García** dijo:

1. La defensa del condenado impugna la sentencia bajo cuatro motivos de agravio, dos traídos en el escrito de interposición del recurso de casación, y otros dos introducidos en el escrito presentado en plazo de oficina (arts. 465, párrafo cuarto, y 466 CPPN).

*1.a.* Por un lado, se agravia, en el recurso de casación, de que el *a quo* ha rechazado a su instancia de nulidad del procedimiento de identificación y requisa, del que resultó el hallazgo e incautación del arma de fuego que dio lugar a la atribución penal por la que Julio Benítez ha sido condenado; asimismo, cuestiona la constitucionalidad del art. 50 CP, sobre cuya base el condenado ha sido declarado reincidente. Sus motivos de agravio encuadran dentro lo previsto por los arts. 456, inc. 1 y 2, 471 y 474 CPPN.

La instancia de nulidad está indisolublemente ligada a la reconstrucción de las circunstancias en las que fue hallada el arma en poder Julio Benítez, por los que el primero de los agravios debe ser abordado bajo el estándar fijado en la doctrina de la Corte Suprema sentada en el caso de Fallos: 328:3399 (“*Casal, Matías Eugenio*”), para garantizar al imputado el derecho a la revisión de su condena, lo que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay), jurisdicción de revisión que queda, sin embargo, circunscripta a los agravios presentados y no implica una revisión global de oficio de la

sentencia (art. 445 CPPN; *vide* también consid. 12, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

El segundo de los agravios es materia propia del recurso de inconstitucionalidad.

**1.b.** Durante el plazo de oficina el recurrente ha introducido dos nuevos motivos de agravios no comprendidos en el recurso de casación que entiendo son de tratamiento inadmisibles, conforme lo he sostenido repetidamente en esta Cámara (confr. causa CCC 41.781/2013/PL1/CNC1, “*Moraca, Carlos Andrés y otros*”, rta. 14/07/2017, reg. n° 617/2017). Dos órdenes de razones me llevan a concluir en su inadmisibilidad.

La primera de orden formal, se apoya en el art. 466 CPPN. Es que una vez admitido a trámite, el recurso se encuentra regido por el art. 445 CPPN que ciñe la jurisdicción de revisión del tribunal *ad quem* “*sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos del agravio*”. Estos motivos deben expresarse en el escrito de interposición dado que el código no permite que una vez interpuesta y concedida la impugnación, el recurrente introduzca nuevos motivos de agravio. Es por ello que el art. 466 CPPN sólo autoriza la ampliación de los fundamentos “*de los motivos propuestos*” en la interposición del recurso, y no admite la presentación de otros nuevos. Esta limitación rige tanto en el trámite de los recursos regulados por los arts. 465 y 466 CPPN, como en el trámite de impugnación de autos o decretos equiparables a las sentencias definitivas regulado por el art. 465 *bis*, en conexión con el art. 454, tercer párrafo, CPPN (cfr. Sala 1, causa CCC 69.237/2014/TO1/3/CNC1, “*Altamirano, Héctor Daniel*”, rta. 26/5/2015, reg. n° 100/2015; y causa CCC 27.528/2003/TO1/2/CNC1, “*Pisarro, Marcelo Oscar*”, rta. 24/9/2015, reg. n° 484/2015).

Esta regla general que se infiere sin esfuerzo de esas disposiciones reconoce excepciones que son de interpretación estricta. Por ejemplo, podrían abordarse agravios no traídos en el recurso de casación, sino introducidos más tarde, si se tratase de nulidades “que impliquen violación de normas constitucionales”. Pues si tal clase de

nulidades pueden ser declaradas de oficio en cualquier estado y grado del proceso (art. 168, segundo párrafo, CPPN), debe admitirse que los recurrentes puedan llamar la atención a esta Cámara sobre tales nulidades en el plazo de oficina, aunque no hubiesen constituido un motivo de agravio al momento de la interposición del recurso, porque oponer un obstáculo de inadmisibilidad en ese restringido campo sería contrario a la razón de ser del art. 168 CPPN. Así, p. ej., he admitido que al emprender el examen de admisibilidad de agravios introducidos por primera vez en el plazo de oficina, no obstante su introducción tardía, esta Cámara está habilitada a examinar alegaciones de violaciones a la prohibición *ne bis in ídem*, o de infracción al principio de congruencia entre acusación y sentencia (confr. mi voto en causa CCC 22.687/2013/TO1/CNC1, “*Bustos, Mónica A. y otro*”, en esta Sala 1, rta. 28/12/2016, reg. n° 1037/2016).

Más allá de ciertas excepciones justificadas, no puede oponerse de modo general a la limitación que deriva del art. 466 CPPN, la alegación de que el condenado tiene derecho a un recurso amplio contra la sentencia de condena, porque también respecto de este dispositivo hay un orden, plazos y opera la caducidad, por lo que una excepción a esas reglas debería ser justificada con razones sustanciales (confr. mi voto en Sala 1, causa CCC 5.118/2014/TO1/CNC1, “*Rojas, Cristina Sheyla y otros*”, rta. 22/05/2017, reg. n° 400/2017).

Argumenta, sin embargo, la Defensa Pública, también en el presente caso, que “es preciso que el poder jurisdiccional se expida sobre todas las cuestiones ante él esgrimidas, independientemente de la oportunidad en que ello se produzca”, y evoca, pidiendo una aplicación extensiva, las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “*Catrilaf, Ricardo*” (causa C.2979, L° XLII, res. de 26/06/2007), “*Concha, Alejandro Daniel*” (causa C.1240, L° XLIII, res. de 20/08/2008) y “*Rodríguez, Alejandro Gabriel*” (causa R. 764, L° XLIV, res. de 09/03/2010). Pretende que de esas decisiones se infiere una doctrina de la Corte, según la cual el estándar fijado en Fallos: 329:3399 (“*Casal, Matías Eugenio*”), impediría oponer como obstáculo a la revisión de la sentencia de condena que el agravio se hubiese sostenido por primera

vez en el plazo de oficina del art. 466 CPPN, lo que afirma se vería confirmado por la sentencia del caso de Fallos: 333:405 (“*Baldivieso, César Alejandro*”), en el cual “la CSJN hizo lugar al recurso extraordinario articulado en base a un agravio introducido en término de oficina”.

Ello justifica revisitar la cuestión, que he abordado antes de ahora, en ocasión de actuar como juez subrogante de la Cámara Federal de Casación Penal (confr. Sala II, causa n° 8406, “*Suárez, Carlos Alberto y otros*”, rta. 08/10/2008, reg. n° 13.298; y causa n° 9156, “*Yacobuzzio, Guillermo E.*”, sent. de 06/09/2010, reg. n° 17.065), donde concluí que no era posible considerar superado aquel óbice a partir de la decisión del caso publicado en Fallos: 328:3399 (“*Casal, Matías Eugenio*”). En este caso la Corte Suprema se había hecho cargo de la conocida opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expresada por primera vez en su Informe n° 24/92, de 2 de octubre de 1992, en cuanto había declarado que “*el recurso de casación satisface los requerimientos de la Comisión en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado*”. Señalé que en ese informe estaba en cuestión si los tradicionales motivos “*jurídicos*” de casación constituían una limitación inadmisibles del derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior enunciado en el art. 8.2, letra h, CADH; no estaba en discusión allí que los recursos estuviesen sometidos a plazos, al cumplimiento de cargas, o a sanciones de caducidad.

Observé entonces, también, que al menos cinco de los votos que formaron la mayoría de la sentencia del caso “*Casal*” habían recogido la directiva de eliminación de rigorismos formales (compárense, por ejemplo, los votos de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti, consid. 32, y el voto del juez Fayt, consid. 11 y 12), y señalé que de ello no cabe interpretar que el art. 8.2, letra h, CADH acarrea la invalidez de los plazos para recurrir, ni enerva las consecuencias de la extemporaneidad de la presentación de agravios.

Consideré también que una interpretación contraria llevaría de hecho a la inhibición de todo efecto al vencimiento de los plazos de

interposición, pues bastaría con que los recurrentes invocasen cualquier agravio dentro del plazo para recurrir, por fútil, intrascendente o infundado que éste fuese, para habilitar después, en la instancia de revisión, la introducción de agravios que no habían sido motivo del recurso. Más aún, una interpretación exorbitante de esa opinión, llevaría ya no a la mera eliminación de rigorismos, sino de las formas mismas, y entonces pondría en crisis, sin declaración de inconstitucionalidad, el art. 463 CPPN, pues cabría sostener *a fortiori* que en el momento de interponer un recurso de casación no es necesario invocar ningún motivo de casación. Esta interpretación es inadmisibile por el resultado al que conduce.

Afirmé entonces que aunque la doctrina del caso “*Casal*” predique que deben eliminarse los rigorismos formales en punto al encuadramiento del motivo en alguno de los supuestos del art. 456 CPPN, ello no conlleva una dispensa de la carga de señalar en el escrito de interposición, con suficiente claridad, cuál es la infracción legal o el error en que se ha incurrido en la sentencia contra la que se recurre (confr. mi voto en la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 8754, “*Gerstenkorn, Daniel Enrique*”, rta. 14/07/2008, reg. n° 12.091).

También he observado que en el dictamen del Procurador General que precedió a esa sentencia del caso “*Casal*”, se había propuesto la eliminación de las exigencias formales de calificación de los motivos plausibles del agravio, “sin necesidad de catalogar su naturaleza fáctica o jurídica y, en este último caso, su carácter procesal”, y se expresó que “en la fiscalización de tales vicios el tribunal de casación, en lugar de cerrar su competencia alegando defectos formales, debe facilitar la revisión en razón de la ya señalada gravedad de las consecuencias. Así, el tribunal debe aplicar el principio *iura novit curia*, hasta hoy inaplicable en gran medida en casación, y *no debe exigir del recurrente ningún tipo de carga adicional a la de presentar sus agravios en tiempo, forma y modo comprensible*”.

También relevé decisiones de la Corte Suprema en las que frente a pretensiones de admisión a tratamiento de agravios no introducidos o mantenidos oportunamente, había desestimado sendos recurso de queja.

En la causa S.65, L° XL, “*Sarmiento, Víctor Alejandro*”, el tribunal de juicio había declarado parcialmente inadmisibles los recursos de casación interpuestos por el condenado y su defensor. Ninguno de éstos había acudido en queja ante la Cámara, y ésta se había limitado a tratar los puntos por los que el recurso había sido concedido. En el recurso extraordinario se había invocado lesión al derecho de recurrir del fallo con el alcance del art. 8.2, letra h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Procurador Fiscal sostuvo que “*la posibilidad del imputado de obtener una revisión del fallo, debe estar sujeta a una articulación adecuada y oportuna de los recursos, ya que no parece que esta garantía deba funcionar como una especie de consulta obligatoria, semejante a cuando un juez desestima un hábeas corpus*”. Así entendió que la Cámara de Casación estaba habilitada para decidir sobre las cuestiones en disputa “*sin que fuera necesario, en principio, que extendiese su jurisdicción a las que habían sido abandonadas por la parte*”. Después de señalar que los recurrentes habían renunciado a mantener la impugnación por los agravios no concedidos expresó que “*la concesión es una etapa inevitable del juicio de casación para habilitar la instancia superior. Si hubo una declaración de improcedencia y no se ocurrió en queja, no habrá debate sobre estos puntos y la contraparte no tendrá oportunidad de hacer oír sus razones*”, y agregó que “*la intervención del tribunal de casación, salvo nulidades absolutas, está circunscrita a los agravios admitidos, y sobre los cuales hubo posibilidad de discusión, y a los propuestos en el recurso de queja*”. Por sentencia de 20 de junio de 2007 la Corte Suprema declaró inadmisibles la queja.

Una cuestión similar había sido planteada y decidida en la causa G.1345, L° XLI, “*Guayán, Gerardo Gabriel*”. También en este caso el tribunal de juicio había denegado parcialmente la concesión del recurso de casación, y la ex Cámara Nacional de Casación Penal sólo había tratado los agravios concedidos pues la defensa no había presentado queja en casación. El Procurador Fiscal, en sentido análogo al del caso citado, había sostenido que “*la garantía de la doble instancia está sujeta al respeto de las formalidades del caso, porque si no [...] no se trataría de un recurso amplio, sino de un sistema de consulta obligatoria, semejante al*

que existe en el procedimiento de *hábeas corpus*". La Corte Suprema, por sentencia de 8 de abril de 2008, por mayoría, declaró inadmisibile el recurso extraordinario.

En la causa R.132, L° XLIII, "*Ramírez, Claudio*" la defensa se quejaba que la ex Cámara Nacional de Casación Penal no había satisfecho la garantía de la doble instancia, pues había declarado que la introducción de un nuevo agravio en el plazo de oficina del art. 465 CPPN era inadmisibile por extemporánea. El Procurador Fiscal había evocado que en el dictamen presentado en la causa "*Casal, Matías Eugenio*" ese Ministerio había propuesto el debilitamiento de las condiciones de admisibilidat y el deber de la Cámara de Casación de agotar el esfuerzo por revisar todo aquello que resulte motivo de agravio. Sostuvo empero que "sin perjuicio de esta elasticidad, *existen ciertas exigencias formales que resultan insoslayables y cuya omisión impide el tratamiento de determinada cuestión, como ocurre con la introducción tardía de los agravios*". Al respecto aclaró que "al sostenerse la necesidad de que exista un recurso amplio contra toda sentencia, en modo alguno se propugnó el deber de la casación de revisar en forma ilimitada todo fallo judicial, sino de dar tratamiento a todos aquellos motivos de agravio, sea que se trate de cuestiones de hecho o de derecho, *en la medida en que sean cuestionados por el recurrente y presentados en tiempo, forma y modo*". A continuación evocó otro caso en el que había sostenido que "no podría decirse que se encuentra afectado *el derecho de revisión*, pues éste *queda indefectiblemente circunscrito al cumplimiento de las formalidades básicas, a los requisitos de oportunidad, modo y tiempo, fundamentales en todo proceso*" (con cita del dictamen de la Procuración General al que se remitió la Corte Suprema en la causa B.2592, L. XL, caratulada "*Belay, Hugo Ernesto y Pereyra, Juan Carlos*", rta. el 07/08/2007). Y también evocó lo dictaminado en el caso "*Guayán*" antes mencionado. El Procurador Fiscal se hizo cargo también de la opinión de la doctrina, y concluyó que no había sido la Cámara de Casación, sino la propia decisión discrecional de la defensa, la que había frustrado la decisión del punto que tardíamente pretendía introducir. En ese dictamen dejó a salvo que no advertía que con esta solución se convalidara "*una nulidad absoluta o una interpretación inconstitucional o*

*gravemente arbitraria del tipo penal*”, por lo que el recurso debía rechazarse. Por sentencia de 22 de abril de 2008 la Corte Suprema declaró inadmisibile la queja.

En la causa V.460.XLIII “*Velázquez, Leopoldo y Velázquez, Julio*”, la defensa se quejaba de que la ex Cámara Nacional de Casación Penal no había examinado un agravio introducido durante el plazo de oficina, argumentando que la doctrina de Fallos 329:3399 garantiza una revisión amplia de la condena. El Procurador Fiscal señaló que en ese caso “*no se ha establecido una regla general que imponga al Tribunal de Casación la consideración de nuevos motivos introducidos por las partes*”, y solicitó que se desestime la queja. Así lo resolvió la Corte Suprema por sentencia del 4 de mayo de 2010 (confr., en igual sentido, causa S.587.XLIV “*Soria, David R.*”, rta. 24/08/2010).

Por cierto, si bien no puede sostenerse que lo dictaminado por el Procurador Fiscal constituya, fuera de toda duda, doctrina de la Corte Suprema, que se limitó a desestimar las quejas con cita del art. 280 CPCCN, lo cierto es que esa Corte no consideró que a los casos fuese aplicable la doctrina del caso “*Casal*”, con el alcance que pretende la recurrente, y por ende es inherente a la desestimación que no entendió estuviese involucrada su interpretación, o la del art. 8.2, letra h, CADH.

Puede entonces sostenerse que no se infiere de la jurisprudencia de la Corte Suprema que el derecho a recurrir de la sentencia de condena, con el alcance que ha sido entendido en el caso “*Casal*”, libere en todo caso a los recurrentes de la regla general de caducidad de los arts. 454 y 465 CPPN. La Defensa Pública pretende sostener la conclusión contraria en la sentencia posterior de la Corte Suprema publicada en Fallos 333:405, (“*Baldivieso, César Alejandro*”). No se sienta allí, sin embargo, ninguna excepción a aquella regla. En efecto, en aquel caso, en la sustanciación del recurso de casación, y durante el plazo de oficina, la defensa había sostenido sus agravios e incorporado “un nuevo argumento que, a su criterio, habilitaba la intervención de la Cámara Nacional de Casación Penal aun sin planteo de parte al tratarse de una nulidad absoluta” (véase descripción en el voto de la jueza Argibay, consid. 1). El nuevo argumento se apoyaba en la doctrina de un plenario

de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de esta ciudad. No entraré aquí a considerar si era simplemente un “nuevo argumento” que ampliaba los fundamentos del escrito de interposición, o estrictamente un “nuevo motivo de agravio”, pues observo que la Corte no había sido llamada a pronunciarse sobre la admisibilidad de los nuevos motivos de agravio introducidos en el plazo de oficina y porque en aquel caso la Cámara Nacional de Casación Penal había contestado el punto, y no lo había declarado de inadmisibile. La Corte sólo había sido llamada a revisar entonces la respuesta dada al motivo de agravio. No puede extraerse, pues, del caso “*Baldivieso*” una doctrina sobre los agravios introducidos en el plazo de oficina como la que la aquí recurrente predica.

Observo, además, que en rigor, la defensa alegaba entonces que estaba involucrada una nulidad absoluta lo que huelga decir puede ser declarada en cualquier momento y estado del proceso, aun de oficio, y este es uno de los supuestos en los que, como he expuesto más arriba, no aplica la regla de caducidad.

Por estas consideraciones no advierto que en la especie se presenten motivos excepcionales que autoricen a apartarse del límite que señala el art. 466 CPPN y concluyo que no debe admitirse el tratamiento de las nuevas cuestiones introducidas en el plazo del art. 465.

2. El *a quo*, por decisión de 27 de septiembre de 2016, no hizo lugar al planteo de nulidad de la detención de Julio Alberto Benítez (punto dispositivo I), rechazó la inconstitucionalidad del art. 50 CP (punto dispositivo II), condenó a Julio Alberto Benítez a una pena de un año y seis meses de prisión por considerarlo autor del delito de tenencia sin autorización de arma de uso civil, en concurso ideal con el de encubrimiento (punto dispositivo IV) y lo declaró reincidente (punto dispositivo V).

Concuero con el examen que efectúa la jueza Llerena en cuanto al agravio contra el rechazo de la instancia de nulidad de la detención de Julio Alberto Benítez y de los actos consecuentes, sin perjuicio de realizar algunas consideraciones.

Al determinar los hechos, sostuvo el *a quo* que “tras observar una actitud sospechosa en los nocentes, [...] el Cabo Olivera y el Cabo 1º Aguiar, procedieron a la identificación de aquéllos, exclusivamente identificación y preguntas generales, accediendo sin inconvenientes Benítez, propietario del rodado, a que se lo observara desde el exterior, siendo a su vez el nombrado quien alcanzara la documentación al preventor”, comportamiento al que contrapone con el posterior, esto es “la actitud renuente de Benítez sobre un interrogatorio concreto en cuanto al contenido de una bolsa, aunado a que en esos instantes el nombrado intentó extraer de dentro de una caja de zapatos que se hallaba en el interior de aquélla un arma, acción que observó el Cabo Olivieri. Fue esta la secuencia que motivó el aviso a su compañero, el hoy Sargento Aguiar, del peligro exponencial al que estaban expuestos, y que inició al procedimiento que concluyó con la incautación del arma y a la detención de los nocentes”.

Argumentó el tribunal que el cabo Oliveri “fue concreto al explicitar que el llamado de atención ante el nerviosismo observado en quien recibía el paquete, fue el que amén de ser de noche transitaban por una zona frecuentada por consumidores de droga”.

Relevo que en la sentencia se ha reproducido la declaración del cabo Vicente Roberto Oliveri, reproducción cuya fidelidad no es disputada por la defensa, y observo que -según lo allí asentado- el funcionario policial manifestó: *“le digo "acercate que te vamos a identificar" nos vamos atrás del auto, y cuando estamos yendo, él, la bolsa la tira en el asiento de atrás del auto”*. Continúa explicando: *“Él tira la bolsa al asiento de atrás y se va hacia atrás con nosotros. Entonces me entrega la cédula, yo se la paso a mi compañero y le digo "me podría exhibir que tiene en la bolsa", me dice "sí", hasta ahí accedió, abre el portón del vehículo, agarra la bolsa, le digo "me podés mostrar", dice "no, son juguetes del nene", y bueno "me los podés mostrar por favor", y medio como que no me quería mostrar, y cuando él accede a mostrarme, con el cuerpo intenta tapar lo que él iba a hacer, él estaba parado al lado mío y me pone la espalda y va a abrir la bolsa, entonces como a mí me pareció raro la situación, me asomo así y veo que él tenía la mano ya adentro de la bolsa y ví que estaba la empuñadura del arma, entonces cuando veo esa situación le agarro la mano, le grito a mi compañero "tiene un arma”,*

*y empezamos a forcejear, mi compañero es más robusto que yo, entonces él lo agarra y el otro chico se viene acercando, el de ropa deportiva, entonces yo me voy hacia el otro chico, el otro chico no puso resistencia, le dije que se tire al suelo, pero sí lo aseguré y pedí apoyo. Mi compañero forcejeó contra el otro chico, se van hacia la parte delantera del auto, la mujer ya descende del vehículo y se abalanza hacia mi compañero, y bueno yo ya había pedido apoyo, ahí aparecieron patrulleros de todos lados, y bueno, logramos reducirlos. Eso fue lo que pasó”.*

El recurrente disputa que el personal policial hubiese actuado amparado por las disposiciones que autorizan a los funcionarios policiales a la realización de requisas sin orden judicial.

Postula que el procedimiento policial fue injustificado en razón de que “a partir del nerviosismo mostrado por una persona que recibió un paquete que otra le entrega, decidió identificar e interrogar a ambos sujetos (le preguntaron a Benítez, entre otras cuestiones, cuál era el contenido del paquete), en franca contradicción con lo dispuesto por el artículo 184 inciso 10° del Código Procesal Penal de la Nación, que solo autoriza a los funcionarios policiales a dirigirle preguntas al imputado, al solo efecto de constatar su identidad, previa lectura de los derechos y garantías [...]”.

Observo que, en rigor, según la reconstrucción que hizo el *a quo*, cuando el personal policial abordó a Julio Alberto Benítez no realizó *motu proprio* ninguna requisita en el sentido del art. 184, inc. 5, en función del art. 230 CPPN, que constituyese actos de la policía judicial en la investigación de delitos, sino una actividad de prevención general. La distinción entre una y otra actividad tiene su base en el art. 3, incs. 2 y 1, respectivamente, de la ley orgánica de la Policía Federal (Decreto-Ley 333/1958).

Se trataba de una actividad general de prevención inherente al poder de policía general, que se ciñó a identificar al conductor de un vehículo, al control de la habilitación para circular, y a preguntas dirigidas al conductor, sobre el que hasta ese momento no recaía ninguna sospecha objetiva de estar involucrado en un delito concreto. Ninguna ley prohíbe -en general- que los policías dirijan preguntas a los conductores sobre lo que transportan consigo en sus vehículos. Existe

una diferencia sustancial entre preguntar qué es lo que se lleva, y realizar una inspección, prescindiendo del consentimiento del conductor, de todo lo que se lleva en el vehículo. Julio Alberto Benítez tuvo, según los policías, una actitud llamativa al mover la bolsa hacia el asiento de atrás, que fue interpretado como un acto que la sacaba de la vista directa. No veo cuál sería la regla infringida al preguntar qué se llevaba en la bolsa.

Según se ha tenido por reconstruido, los policías no emprendieron la inspección de contenido de la bolsa, sino que, según se ha convencido el Tribunal, fue el propio Benítez quien, ante la insistencia de las preguntas manipuló la bolsa de un modo en el que pretendía ocultarla de la vista y de ese modo uno de ellos entrevió la empuñadura de un arma de fuego.

La pretensión de la defensa requiere sustentar razonadamente que los policías que actúan en actividades de prevención no pueden dirigir preguntas a las personas. Esa pretensión no viene fundada en alguna interpretación posible de alguna disposición legal o de superior rango.

Por cierto, no pueden recibir declaración al imputado (art. 184, inc. 10, CPPN), pero en este sentido la prohibición no se refiere a cualquier persona sobre la que los policías se formen una sospecha genérica, sino sólo al concepto de imputado del art. 72 CPNN, entendido como “cualquier persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictuoso”.

Julio Alberto Benítez no estaba detenido ni indicado de ningún modo como partícipe de un hecho delictuoso concreto cuando los policías se acercaron para identificarlo y le dirigieron preguntas sobre el contenido de la bolsa.

De modo que, no existió ninguna requisita en el sentido del art. 230, CPPN, ni tampoco un interrogatorio prohibido por la ley, porque hasta entonces no era sujeto de ninguna medida de coerción, siquiera fugaz, fundada en la sospecha de comisión de algún delito concreto.

La instancia de nulidad, pues, no aparece suficientemente fundada en la ley, por lo que, con estas consideraciones adicionales, adhiero a la solución que propone la jueza Llerena.

3. En el punto 1 de la presente intervención, he desarrollado in extenso las razones por las que entiendo inadmisibles el nuevo motivo de agravio traído por la defensa en el plazo de oficina, que alega que se ha incurrido en errónea interpretación del término cumplimiento parcial de la pena anterior, y por ende en errónea aplicación del art. 50 CP.

Los jueces Llerena y Niño, de adverso, han concordado en considerar admisible la introducción de ese nuevo agravio, pero han disentido sobre el fondo de la cuestión, por lo que, vencido en la deliberación sobre la cuestión de admisibilidad, y al sólo efecto de no frustrar el dictado de una sentencia, emitiré mi opinión sobre el punto de discordancia.

Sostuvo el *a quo* que “toda vez que Julio Alberto Benítez registra la condena dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 21, en la que se lo condenó con fecha 19 de agosto de 2010, por el delito de robo agravado por su comisión en poblado y en banda en grado de tentativa a la pena de dos años y dos meses de prisión, manteniéndose en aquella condena la declaración de reincidencia -fs. 17 del legajo de personalidad- y también según consta a fs. 19 del mismo legajo que con fecha 17 de febrero del año 2012, egresó de la unidad n° 12 -Colonia Penal de Viedma- del Servicio Penitenciario Federal *por haber agotado la pena*, cumpliendo por lo tanto pena como condenado, corresponde declararlo reincidente (art. 50 del Código Penal)”.

Tal como he tenido oportunidad de exponer en esta Sala (causa CCC 11.779/2015/TO1/CNC1, caratulada “*Catalano, Liber Damián s/robo con armas*”, rta. 11/8/2016, reg. n° 604/2016), aquí también la Defensa Pública ha ensayado alternativamente dos líneas de impugnación. Por un lado, evoca la conocida tesis según la cual, a los fines del art. 50 CP se requiere la demostración de que el condenado hubiese cumplido, al menos, dos tercios de la condena anterior, y por el otro, que se exige que, al menos, hubiese alcanzado el período de prueba en la progresividad de la ejecución de la pena anterior. Sostiene, adicionalmente, que el *a quo* ha incurrido en arbitrariedad al no solicitar información adicional que acreditase que el imputado ha recibido

tratamiento penitenciario o cuáles fueron los avances que habría realizado en su ejecución.

La primera tesis ha sido tempranamente descalificada por la Corte Suprema en el caso de Fallos: 308:1938 (“*Gómez Dávalos*”), y más recientemente confirmada como jurisprudencia constante en el caso “*Mayo, Miguel ángel s/recurso extraordinario*” (causa M. 25, L.º XLIX, rta. 21/04/2015).

En cuanto a la segunda línea ensayada, he de señalar que ella también pone exigencias que no se infieren necesariamente de la ley, pues el art. 50 no tiene conexión con el grado de avance en la ejecución de la pena anterior, sino con el hecho de que la pena anterior ha sido parcial o totalmente ejecutada. Sobre el alcance de esta disposición me he pronunciado señalando que tanto se cumple la pena cuando el condenado es sometido al período de observación, como al de tratamiento, como al de prueba, y no hay razón para inferir que cuando el legislador ha establecido el cumplimiento parcial de la pena anterior como presupuesto de la reincidencia ha entendido solamente el cumplimiento que tiene lugar una vez que se ingresa al período de prueba. La interpretación restrictiva es el reflejo de la preferencia del intérprete por una restricción de los efectos de una disposición legal que es objeto de dura resistencia en el ámbito de la academia, pero que no ha suscitado pariguales reservas en el Poder Legislativo que es el único con legitimidad democrática para sancionar leyes penales.

Desde esta respetuosa interpretación de la soberanía del legislador, he entendido que hay cumplimiento parcial de pena cuando ha habido un sometimiento efectivo del penado al régimen de ejecución penal durante por lo menos quince días, tiempo que se corresponde con el mínimo legal de las penas privativas de libertad, a cuyo efecto el juez del nuevo delito deberá requerir necesariamente a la autoridad que ejecuta la pena el informe respectivo en el que conste en qué fecha el detenido fue pasado del régimen de procesado al régimen de penado (confr. “*Catalano*” antes citada).

Aunque el alcance del art. 50 CP suscita una cuestión de derecho común, que no releva de la competencia que a la Corte Suprema asigna

el art. 14 de la ley 48, sin embargo ésta ha declarado por vía de la doctrina de arbitrariedad de sentencias que “el criterio asumido por el tribunal de casación interviniente en cuanto interpreta que por ‘cumplimiento total o parcial de pena (art. 50 del Código Penal) cabe entender cualquier fracción de encierro amparada por una sentencia firme más allá de que el detenido no haya sido efectivamente sometido al régimen de detención propio de los condenados [...] no armoniza con la asunción por parte del legislador del sistema de reincidencia real (art. 50 del Código Penal), dado que la exigencia de cumplimiento de pena, total o parcial, deja fuera al encierro experimentado por quien ha sido sometido a un régimen cautelar propio de la prisión preventiva, motivo por el cual la situación planteada en autos es sustancialmente idéntica, *mutatis mutandi*, a la de Fallos: 330:4476, a cuyas consideraciones corresponde remitir en razón de brevedad” (confr. CSJN, causa R. 1606, L.XLII, “Romero, Christian Maximiliano s/ causa N° 7019”, 15/06/2010). Esta afirmación es compatible con la idea que expongo en el párrafo anterior, que da relevancia al efectivo sometimiento al régimen de condenado.

Sentado ello, observo que conforme surge de fs. 17/19 y 25 del legajo de personalidad, información que el *a quo* tuvo a su disposición y resulta suficiente para pronunciarse respecto de la reincidencia, a contrario de lo que sostiene la Defensa Pública, no quedan dudas que Julio Alberto Benítez, cuya pena a dos años y dos meses de prisión fue comunicada como firme el 21 de octubre de 2010, había cumplido parcialmente esa pena, hasta que fue puesto en libertad, por su agotamiento, el 17 de febrero de 2012 por el juez a cargo del Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 2.

En efecto, si resulta suficiente el cumplimiento de la pena por el término de quince días, como postulo, con mayor razón se satisface el requisito legal de cumplimiento parcial de la pena si el condenado cumplió en detención la mitad de la pena y tuvo la posibilidad de acceder al período de prueba, tal como lo sostiene la jueza del primer voto.

En consecuencia, concuerdo con la jueza Llerena en que la defensa no ha demostrado que el *a quo* hubiese aplicado erróneamente el

art. 50 CP, al declarar que estaba reunido el presupuesto de cumplimiento parcial de la pena impuesta por la condena anterior, a los efectos de la reincidencia real.

4. Establecido que no se ha incurrido en error al aplicar el art. 50 CP, corresponde abordar la impugnación de inconstitucionalidad de esta disposición. Concuero también la jueza Llerena en punto al rechazo de esa impugnación de inconstitucionalidad del art. 50, en conexión con el art. 14 CP.

Al respecto observo que los argumentos por los cuales la Defensa Pública impugna el art. 50 CP son sustancialmente idénticos a los planteados y considerados en el fallo “*Giménez, José Santiago s/estafa*” (Sala 1, causa CCC 25.999/2014/TO1/4/CNC1, rta. 10/07/2015, reg. n° 238/2015), por lo que por razón de brevedad he de remitirme a lo expuesto en el voto que emití en ese caso.

A ello cabe agregar que el recurrente tampoco se hecho cargo de proponer alguna razón para superar el escollo que representa la constante jurisprudencia de la Corte Suprema, que ha rechazado reiteradamente tal clase de impugnaciones (causas: A. 558, L° XLVI, “*Arévalo, Martín Salomón*”, rta. 27/05/2014, CSJ 133/2013 RH, “*Bejarano, Alejandro David y Romero Vallejos, Sebastián*”, y CSJ61/2013 RH, “*Ojeda, Rodrigo Pedro y otro*”, rta. 02/12/2014; CSJ 65/2014 RH, “*Díaz, Juan Marcelo*”, CSJ 880/2013 RH, “*Martínez, Maximiliano Ariel*”, CS 77/2014 RH, “*Verón, Alexis Saúl*”, rtas. 30/12/2014; CSJ 660/2014 RH, “*Montiel, Andrés Alejandro*”, rta. 10/02/2015; CSJ 503/2014 RH, “*Barcela, Miguel Ángel*”, rta. 19/02/2015; CSJ 676/2014 RH, “*Gómez, Damián Horacio*”, rta. 03/03/2015; CSJ 5352/2014/CS1, “*Rubira Olmedo, Héctor Fabián*” y CSJ 694/2014 RH, “*Montiel, Sergio Leonardo Ezequiel*”, rta. 17/03/2015; CSJ 494/2014 RH, “*Benítez, Brian Alan*”, rta. 14/04/2015; CSJ 184/2013 RH “*Novick, Víctor Darío*”, rta. 29/04/2015; CSJ 193/2014 RH, “*Espíndola, Daniel*”, rta. 04/05/2015; CSJ 1923/2014/RH1, “*Mieres, Ricardo y otros*”, y CSJ 659/2014 RH, “*Aragón, Juan Manuel y otros*”, rtas. 12/05/2015), lo que conduce a concluir en la insustancialidad de su planteo.

5. Por estas consideraciones concuerdo en que corresponde rechazar el recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la Defensa Pública, en todo cuanto fue considerado admisible.

Así voto.

En virtud del acuerdo que antecede, la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, **RESUELVE:**

**I. DECLARAR INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por la defensa de Julio Alberto Benítez en cuanto cuestionó la determinación de la pena establecida, y **II. RECHAZAR** el recurso de casación en relación con los restantes motivos de agravio introducidos, confirmando la resolución de fs. 511/549, de fecha 27 de septiembre de 2016, en todo cuanto fue materia de recurso, con costas (arts. 456, 465, 466, 470 y 471 *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 CSJN; Lex 100) y remítase al tribunal de procedencia, sirviendo la presente de atenta nota de envío.-

Patricia M. Llerena - Luis F. Niño - Luis M. García

Ante mí:

Santiago Alberto López  
Secretario de Cámara