



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29375/2007/TO1/CNC2

Reg. N° 1726/2018

En la ciudad de Buenos Aires, a los 28 días del mes de diciembre de 2018, se reúne la **Sala II** de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, Daniel Morin y Horacio L. Días, asistidos por la secretaria actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 2361/2370, por la defensa de M. R. D. C., en la presente causa n° **CCC 29375/2007/TO1/CNC2**, caratulada **“D. C., M. R. s/recurso de casación”**, de la que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 17 resolvió, el 7 de abril de 2017 y, por mayoría: **“...CONDENAR A M. R. D. C., de las demás condiciones obrantes en autos, a la PENA ÚNICA de TREINTA Y SIETE AÑOS DE PRISIÓN, accesorias legales y costas, comprensiva de la pena impuesta por sentencia del 9 de octubre de 2008 de este tribunal de treinta años de reclusión, accesorias legales y costas, por ser autor del delito de abuso sexual, con acceso carnal, agravado por haberse cometido mediante la utilización de un arma, reiterado en siete ocasiones, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de armas, en grado de tentativa, en concurso material con robo agravado por el uso de arma, reiterado en ocho oportunidades, que a su vez concurría materialmente con el delito de robo con arma en grado de tentativa; y de la aplicada el 20 de septiembre de 2004, por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 del Departamento Judicial de la localidad de Morón, a la pena de siete años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, como autor de los delitos de abuso sexual agravado por el empleo de un arma, robo calificado por el uso de arma, en grado de tentativa, abuso sexual agravado por el empleo de un arma y robo calificado por el uso de arma, todos en concurso real (artículo 58, segundo supuesto del Código Penal)”**.

II. Contra dicha sentencia, la defensora pública oficial Cecilia Verónica Durand interpuso recurso de casación, en el que se

agravió del monto de la pena única impuesta en la sentencia (cfr. fs. 2361/2370), que fue concedido por el tribunal (cfr. fs. 2371/2372).

III. Al realizarse el análisis de admisibilidad, la Sala de Turno de esta cámara decidió remitir el caso a la oficina judicial para que lo asigne a una sala del tribunal y le otorgó el trámite previsto en el art. 465, CPPN (cfr. fs. 2384).

IV. En el término de oficina previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN, la querellante N. S. G., pidió la confirmación de la resolución impugnada (cfr. fs. 2387/2388). Por su parte, el defensor público oficial, Claudio Martín Armando, reeditó los agravios planteados en el recurso de casación de fs. 2361/2370 y, asimismo, realizó otras alegaciones, vinculadas al máximo de la pena aplicable bajo la anterior redacción del art. 55, CP (cfr. fs. 2389/2394).

V. Superada la oportunidad prevista en los arts. 465 *in fine* y 468, CPPN, las actuaciones quedaron en condiciones de ser resueltas.

CONSIDERANDO:

El juez Eugenio C. Sarrabayrouse dijo:

1. En los términos de los arts. 469 y 398, CPPN, los agravios planteados por la defensa se traducen en las siguientes cuestiones a resolver: cuál es la ley que debe aplicarse para resolver el caso; y si la pena fijada es correcta.

Para responder el primer interrogante, corresponde, recordar los antecedentes del caso, luego sintetizar lo resuelto por los jueces de la instancia y los agravios planteados por la defensa.

2. Antecedentes del caso

a. Tras condenar a M. R. D. C. a la pena de treinta años de reclusión, a fs. 2000, el secretario del entonces Tribunal Oral en lo Criminal N° 17 realizó el cómputo de aquella. Al ser notificado el 29 de octubre de 2008, D. C. manifestó su deseo de recurrir “...*ya que en él no surgen los tiempos de detención que sufriera en el marco de la causa de Morón, Provincia de Buenos Aires...*” (fs. 2003).

b. Como consecuencia de este pedido, el tribunal *a quo* entendió que se trataba de una “...*manifestación de disconformidad con lo decidido por el Tribunal, de quien carece de conocimientos técnicos, por lo que reviste*



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29375/2007/TO1/CNC2

carácter de remedio 'in pauperis formae'. En virtud de ello, córrase vista al asistente técnico a los fines que estime pertinentes..." (fs. 2004). La diligencia fue cumplida a fs. 2008 y 2009, pero la defensa particular de D. C. nada planteó.

c. Ante el silencio de la defensa, se dispuso pedir copia de la sentencia mencionada por D. C., agregada a fs. 2023/2052. Luego, el Fiscal General contestó la vista que le otorgaron y pidió que se impusieran al imputado la pena de treinta y siete años de reclusión, accesorias legales y costas (fs. 2055), lo que así hizo el tribunal *a quo* (fs. 2068/2071, sentencia del 17 de marzo de 2009). D. C. fue notificado a fs. 2073 y su defensa particular a fs. 2078 / 2080.

d. Ya en la etapa de ejecución, el 12 de noviembre de 2013 (fs. 2218), la defensa pública acompañó una nota firmada por D. C., en la que recurría la sentencia de condena y pedía que se aplicara al caso la ley 26.200. El escrito fue fundado por la defensa (fs. 2220) y como consecuencia de él, el tribunal *a quo* dispuso la nulidad de la resolución de fs. 2068/2071, confirmada por la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal (decisión del 25 de agosto de 2015, fs. 2288/2294 vta.).

e. Tras pronunciarse nuevamente las partes (fiscalía, fs. 2347/2347 vta.; defensa, fs. 2351), el tribunal *a quo* dictó otra sentencia. Así, unificó las condenas que registraba M. R. D. C., de acuerdo con el siguiente detalle.

- Sentencia del 20 de septiembre de 2004, dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 3 del Departamento Judicial de Morón, en la que se le impuso la pena de siete años y seis meses de prisión, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de abuso sexual agravado por el uso de arma, en grado de tentativa, abuso sexual agravado por el empleo de un arma y robo calificado por el uso de arma, todos en concurso real, por hechos que tuvieron lugar el 4 de marzo de 2002. La sentencia adquirió firmeza el 29 de agosto de 2008 (cfr. fs. 2050 vta.).

- Sentencia del 9 de octubre de 2008, dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n°17 de esta ciudad, en la que se impuso la pena de treinta años de prisión, accesorias legales y

costas, por hallarlo autor del delito de abuso sexual, con acceso carnal, agravado por haberse cometido mediante la utilización de un arma, reiterado en siete ocasiones, en concurso real con abuso sexual con acceso carnal agravado por el uso de armas, en grado tentativa, en concurso material con robo agravado por el uso de arma, reiterado en ocho oportunidades, que a su vez concurría materialmente con el delito de robo con arma en grado de tentativa. Cronológicamente los hechos tuvieron lugar el 21 de noviembre de 2005 (hecho 7; abuso sexual con acceso carnal, con armas, robo); 22 de febrero de 2006 (hecho 8, abuso sexual agravado por el uso de armas tentado, robo con armas); 29 de septiembre de 2006 (hecho 6, abuso sexual con acceso carnal, con armas, robo); 23 de enero de 2007 (hecho 1, abuso sexual con acceso carnal, con armas); 15 de marzo de 2007 (hecho 2, abuso sexual con acceso carnal, con armas, robo); 27 de marzo de 2007 (hecho 5, abuso sexual con acceso carnal, con armas, robo); 30 de marzo de 2007 (hecho 9, robo con armas); 22 de mayo de 2007 (hecho 3, abuso sexual con acceso carnal, con armas, robo); 11 de junio de 2007 (hecho 4, abuso sexual con acceso carnal, con armas, robo tentado).

f. El juez Giudice Bravo – que lideró el acuerdo y a cuyo voto adhirió el juez Noceti Achával–, sostuvo que si bien la ley 26.200 fijó penas para delitos de gravísima entidad, ello no alcanzaba a modificar estructuralmente la legislación de fondo.

Destacó que “... ‘*el Estatuto de Roma –que establece un tope máximo de treinta años de prisión – fue aprobado por la ley 25.390 y ratificado el 16 de enero de 2001, con vigencia desde el 1º de julio de 2002’...*” y que “... ‘*[c]on posterioridad a ello el legislador, a través de la ley 25.928 de fecha 10 de septiembre de 2004, modificó el artículo 55 del Código Penal admitiendo el máximo de cincuenta años para las unificaciones de condenas y penas, respondiendo a cuestiones de política criminal, y manifestado una clara voluntad de fijar el tope máximo punitivo en virtud de las escalas penales que se desprende de la parte especial del Código Penal.*”

“*Antes de ello, la pena temporal máxima para casos de concurso real dependían de la suma de los máximos de cada uno de los delitos con el límite que surgía de las prescripciones de los artículos 227 ter y 235 del Código Penal’...*”



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29375/2007/TO1/CNC2

Respecto de esta última afirmación, expresó – con cita de jurisprudencia– que “... *‘en nuestro derecho positivo el término a considerar como tope máximo de la pena temporal de prisión o reclusión debe ser extraído de las escalas penales vigentes que surjan de la parte especial del Cód. Penal’...*”. Agregó que “... *‘ni del tenor literal de aquella reforma –en referencia a la ley 23.077– ni del debate parlamentario respectivo surge la intención del legislador de evitar las previsibles consecuencias dentro del sistema del Código Penal (...) al producirse un agravamiento de la punibilidad en delitos como el previsto en el art. 227 ter’...*”; y remarcó que “... *‘[s]i el legislador hubiera deseado impedir esas consecuencias hubiera recurrido al dictado de una ley especial autónoma que se rigiera por la regla de excepción prevista en el art. 4 del Cód. Penal’...*”.

Como conclusión y también con cita de jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal, recordó que la Sala IV afirmó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo “Estévez” (Fallos 333:866, causa E.519.XLI, rto. 8/06/10), “... *‘avaló la interpretación que sostuvo que el art. 55 del código de fondo debía armonizarse con lo previsto en el art. 277 ter del mismo régimen jurídico (texto según ley 23.077), puesto que en los casos de evaluarse la situación de concurso real de delitos (...) la pena de encierro susceptible de imponerse a quien se le reprocha la comisión de esos sucesos puede extenderse hasta los treinta y siete años y seis meses’...*” (fs. 2355 vta.).

Luego, agregó que para resolver el caso, “...*no basta analizar la pena máxima aplicable en los términos del art. 55, CP, después de la sanción de la ley 25.928, sin adentrarse en las condiciones personales...*” de D. C.. Así, el juez señaló que para graduar la sanción a imponer a tendría en cuenta las consideraciones ya efectuadas en la sentencia del 9 de octubre de 2008, esto es, “...*la gravedad y multiplicidad de los hechos y de víctimas, los distintos bienes jurídicos afectados, el desinterés por la integridad física, psíquica y sexual de aquellas víctimas al someterlas en la vía pública, de modo anal, vaginal y bucal, en forma reiterada, el trato violento y humillante, y especialmente la corta edad de varias de ellas, el grave daño físico y psicológico derivado de los ataques así como las consecuencias en el ámbito familiar...*”; junto con los extremos valorados por la justicia provincial, tales como “...*la reiteración delictiva, la juventud de las menores víctimas y la menor resistencia que éstas podían oponer en función de su edad y su sexo...*”.

Además, desde el plano subjetivo, valoró que el imputado *“...provenía de un nivel socio cultural medio, que contaba con ingresos económicos y con un grupo familiar contenedor, lo que pudo haberle permitido una mayor adecuación a la norma...”*.

Por otro lado, como atenuantes, tuvo en cuenta su admisión de los hechos en el debate, lo que *“...contribuyó a la administración de justicia...”* (cfr. fs. 2356).

Finalmente, argumentó por qué correspondía imponer una pena de prisión, más no de reclusión, tal como había solicitado el Ministerio Público Fiscal.

g. Por su parte, el juez Vega, en minoría, si bien sostuvo que resultaba aplicable al caso la ley 26.200, por el principio de la cosa juzgada afirmó que la unificación debía ser de treinta años de prisión, accesorias legales y costas (cfr. fs. 2358/2359 vta., de la sentencia).

h. A modo de conclusión, surge que la mayoría de jueces que resolvió el caso entendió que resultaba aplicable tanto la interpretación más amplia en cuanto al máximo de pena según la antigua redacción del art. 55, CP, así como también el texto introducido por ley 25.928.

3. Los agravios de la defensa

a. La recurrente sostuvo que la sentencia, al imponer una pena superior a los veinticinco años de prisión, vulneró el mandato de certeza jurídica en el derecho positivo, establecido en el art. 19, CN, (aunque debió referirse al art. 18, CN, que contiene el principio de legalidad).

De forma algo confusa, indicó que *“... [d]e la sentencia recurrida surge que a criterio de los Sres. Jueces corresponde aplicar la ley 25.92(8) que modificó el art. 55 del C.P. y que prevé un máximo de 50 años para la pena de prisión, en virtud de lo establecido en el art. 2 del CP, teniendo en cuenta que uno de los hechos que debía unificarse había sido cometido con anterioridad a la entrada en vigencia de la mentada ley”* (fs. 2367 vta.).

En segundo término, destacó que su planteo estaba vinculado con el análisis de Eugenio R. Zaffaroni, expuesto en su artículo *“El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente”*, en el que



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29375/2007/TO1/CNC2

concluyó que “...el carácter estructural de la reforma introducida por la ley 26.200 impone considerarla como derogación de las disposiciones de las leyes anteriores que resulten incompatibles con ella...” (fs. 2367 vta.).

En tal sentido, repasó las conclusiones del autor mencionado y expresó que “...‘(a) [l]a ley 23.077 introdujo disposiciones que hicieron dudoso el límite de veinticinco años de máximo de prisión temporal del artículo 55 del Código Penal (...).

“(b) La ley 25.892 elevó el tiempo de prisión para habilitar la libertad condicional en el caso de prisión perpetua del artículo 13 del código penal a treinta y cinco años (...).

“(c) La ley 25.928 elevó a cincuenta años el máximo de la pena del concurso real del artículo 55 del Código Penal.

“(d) Por último, la ley 26.200 introdujo una reforma estructural en la legislación penal, tipificando el capítulo de los delitos más graves que encabezan la reconstrucción de la actual parte especial, con penas máximas incompatibles con la interpretación agravante de la ley 23.077 y con las disposiciones reformadas de las leyes 25.892 y 25.928’...”.

(f) Corresponde, por ende, en función del principio constitucional de retroactividad de la ley penal más benigna (artículo 9 in fine de la Convención Americana de Derechos Humanos), la aplicación de la ley 26.200 a los hechos cometidos antes de su vigencia’...”.

En tales términos, solicitó que la pena sea reducida sensiblemente y que se imponga en definitiva una pena que no supere los veinticinco años de prisión.

b. Por otro lado, la defensa se quejó también de que el tribunal oral valoró únicamente, como atenuante, la admisión de los hechos realizada por D. C. en el debate oral, descartando toda referencia a las condiciones personales del nombrado.

En esa línea, sostuvo que el *a quo* impuso una pena prescindiendo de su fin resocializador, en tanto no tuvo en cuenta que su cumplimiento importaba el encierro durante la totalidad de la vida útil laboral del condenado, que a la fecha de interposición del recurso contaba con treinta y tres años de edad y llevaba en situación de encierro más de quince años. Que en ese contexto, aplicar una pena como la

cuestionada en autos, implicaba la imposición de una pena cruel e inhumana, contraria a lo prescrito en el art. 5 del Pacto de San José de Costa Rica y 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y, según lo establecido en el art. 18 de la Carta Magna.

4. En la presentación realizada en el término de oficina, la defensa oficial planteó tres agravios.

a. No era aplicable al caso la reforma de la ley 25.928, en virtud de que ésta había comenzado a regir el 10 de septiembre de 2004 y uno de los hechos era anterior, por lo que su aplicación era lesiva del principio de irretroactividad de la ley penal.

b. De cualquier modo, en ningún caso la pena a imponer podía superar los 25 años de prisión, tal como afirmó el juez Pablo Daniel Vega en el voto minoritario del fallo impugnado, por aplicación retroactiva de la ley 26.200. Sobre el punto, citó lo dicho por el juez Niño en el caso **“Sandoval”**¹: “...el intérprete, a partir de la ley 26.200, está obligado ‘...a considerar derogado el tope máximo de la pena temporal por concurso material de delitos –fijado por la ley n° 25.928 en cincuenta años– y reconducirlo al de veinticinco años de prisión. Se trata de aplicar la legislación vigente, en la que prevalecen las penas establecidas en la reforma estructural de la ley n° 26.200 que, además de tratarse de una ley ordenadora de base, se ajusta al principio interpretativo ‘lex posterior derogat priori’, de tradicional aplicación para resolver las antinomias normativas’...”.

Agregó que la pena impuesta en esta causa era desproporcionada al ser comparada con las penas establecidas en la ley 26.200 e incluso en el propio Estatuto de Roma.

c. Una vez descartada la aplicación de la actual redacción del art. 55, CP, en función del principio de irretroactividad de la ley penal, y aun cuando se considerara que la ley 26.200 no puede ser aplicada por su propia especificidad, restaba verificar qué pena aplicar con el régimen anterior, regido por la vieja redacción del art. 55 –que establecía el máximo de pena en 25 años, con remisión a la parte especial– y también por los arts. 226 y 227 *ter* del CP.

¹ Sentencia del 25.10.2016, Sala II, Jueces Niño, Sarrabayrouse, Morin, registro n° 860/2016.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29375/2007/TO1/CNC2

Entre otros argumentos, volvió a citar al juez Niño en el ya mencionado fallo **“Sandoval”**: *“...el exclusivo propósito de la ley 23.077 era el agravamiento de las penas para las conductas que pudieran poner en peligro el orden constitucional –así lo dijeron expresamente los diputados que informaron a la Cámara para el tratamiento de la ley–, de modo tal que su alcance se circunscribía, sin dudas, a los delitos contra el orden constitucional y la vida democrática...”*. (fs. 2392 vta.).

d. Por último, señaló que la interpretación del tribunal *a quo* conducía a sostener soluciones lesivas del principio de racionalidad y proporcionalidad, debido a las incongruencias que se generan con relación al régimen de libertad condicional –art. 13, CP, según redacción anterior a las leyes 25.892 y 27.375– y las previsiones del Estatuto de Roma.

5. Como puede apreciarse, los distintos agravios de la defensa pueden reducirse a un único planteo, al cual la parte recurrente llega por dos vías diferentes. En definitiva, lo que la defensa reclama es que el tope máximo de la unificación dispuesta no supere el máximo de 25 (veinticinco) años de prisión. Los caminos señalados para sustentar esa pretensión son, por un lado, la aplicación retroactiva de la ley 26.200 (recurso y término de oficina, ver puntos “3.a.” y “3.b.” de este voto); o la aplicación de la interpretación más favorable de la ley aplicable, de acuerdo con la vigente al momento en *que cometió los primeros hechos*, esto es, aquéllos por los que D. C. fue condenado en Morón, provincia de Buenos Aires (presentación en término de oficina, ver punto “4.c”).

6. Para resolver la cuestión planteada, corresponde precisar las fechas en que entraron en vigencia las distintas leyes cuya aplicación más benigna reclama la defensa, vinculada con las dos condenas que registra D. C., en particular, la dictada en la provincia de Buenos Aires.

a. La ley 23.077 fue sancionada el 9 de agosto de 1984, la cual como ya se consignó, entre otras cuestiones, introdujo el art. 227 *ter*, CP, (*“El máximo de la pena establecida para cualquier delito será aumentado en un medio, cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional.”*). A partir de la entrada en vigencia de esta ley, comenzó a interpretarse que el máximo establecido por el art. 55, CP,

superaba los 25 años de prisión o reclusión que tradicionalmente había entendido la doctrina y la jurisprudencia. Así, desde este momento, por lo menos, coexistieron dos interpretaciones de la regla: una, que postulaba que al no haber una modificación expresa del art. 55, el monto máximo continuaba siendo el de 25 años; otra, que podríamos llamar “sistemática”, proponía la de 37 años y 6 meses de prisión (al respecto, véase mi voto en el caso **“Sandoval”**, ya citado por la defensa en su recurso).

Posteriormente, la ley 25.928, promulgada el 9 de septiembre de 2004, modificó el art. 55, CP y en cuanto al máximo de la pena aplicable cuando “...concurrieren varios hechos independientes...”, lo elevó a la suma aritmética de las penas máximas correspondientes a los diversos hechos a un monto que no puede superar los 50 años de prisión o reclusión.

Finalmente, la ley 26.200 (“Tipificación de los delitos del Estatuto de Roma en el derecho interno”) fue promulgada el 5 de enero de 2007.

b. Los hechos por los cuales fue condenado D. C. en la provincia de Buenos Aires sucedieron el 4 de marzo de 2004; la condena se dictó el 20 de septiembre de 2004, quedó firme el 29 de agosto de 2008, y el vencimiento de la pena se fijó para el 3 de septiembre de 2009.

Asimismo, los hechos juzgados por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 17 ocurrieron el 21 de noviembre de 2005; 22 de febrero de 2006; 29 de septiembre de 2006; 23 de enero de 2007; 15 de marzo de 2007; 27 de marzo de 2007; 22 de mayo de 2007 y 11 de junio de 2007 (ver punto 2, e, de este voto).

Por último, la unificación impugnada se realizó el 7 de abril de 2017.

7. Ahora bien, de la reseña cronológica efectuada (punto 2, e) surge que el tercer hecho cometido por D. C., identificado como “7” (y es aquel por el cual resulta aplicable el art. 58, CP), *sucedió el 21 de noviembre de 2005*, es decir, cuando ya estaba en vigencia el nuevo texto del art. 55, CP, según ley 25.928. De esta manera, hay que establecer si –de ser pertinente– debe aplicarse retroactivamente la ley 26.200, en tanto



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29375/2007/TO1/CNC2

según la interpretación propuesta por la defensa, a partir de la reforma introducida por aquella ley, la pena máxima en nuestro derecho es la de 25 años de prisión.

a. Si bien no pueden pasarse por alto los méritos y la calidad de los argumentos expuestos por quien planteó esta interpretación, plasmada luego en el Anteproyecto de Código Penal de 2013, tampoco puede omitirse que ella quedó en minoría en la jurisprudencia de la Corte Suprema (véase el voto del juez Zaffaroni, en el precedente “**Estévez**”, ya citado; y lo dicho en “**Habiaga**”² sobre el alcance de la regla *stare decisis*). Por lo demás, tampoco parece posible deducir que con la ley 26.200, el legislador encaró una *reforma integral* del ordenamiento penal. No fue ésta su voluntad expresa, sino que, antes bien, la interpretación más plausible es que con esta ley se buscó introducir en el derecho interno las reglas del Estatuto de Roma. Tal como se dijo en el caso “**Moreyra**”³, y “**Casaballe Colacho**”⁴, no es posible sostener su operatividad directa, de acuerdo con lo que al respecto señaló el juez Días en el precedente citado y su remisión al caso “**Sandoval**”, en tanto constituye un régimen distinto y diferenciado. En apoyo de dicha conclusión, sostuvo que resultaba decisivo el contenido de los artículos segundo y sexto de la ley 26.200, en cuanto el primero de ellos establece que “*el sistema penal previsto en el Estatuto de Roma y la presente ley sólo son de aplicación para los crímenes y delitos respecto de los cuales la Corte Penal Internacional es competente*” y, el restante, dispone que “*con carácter supletorio a la presente ley se aplican los principios y reglas del derecho penal internacional, los principios generales del derecho argentino y las normas contenidas en el Código Penal, en el Código Procesal Penal de la Nación y en sus leyes complementarias*”. Así, coincido con lo señalado por el mencionado juez, en cuanto a que no resulta posible extraer del “Estatuto de Roma” las limitaciones y alcances pretendidos por la defensa en su recurso.

Por lo demás, también son sintomáticos los sucesivos anteproyectos de reforma del Código Penal, redundantes si

² Sentencia del 21.11.2016, Sala II, jueces Morin, Niño y Sarrabayrouse, registro n° 934/16.

³ Sentencia del 29.08.2018, Sala II, jueces Días, Sarrabayrouse y García, registro n° 1070/2018.

⁴ Sentencia del 10.08.2018, Sala II, jueces Días, Sarrabayrouse y Morin, registro n° 939/2018.

efectivamente la ley 26.200 hubiera tenido las consecuencias sistemáticas reclamadas por la defensa.

Por lo tanto, la ley 26.200 no resulta aplicable al caso.

b. Descartada la aplicación *retroactiva* de la ley 26.200, resta definir cuál era la ley aplicable para unificar las condenas impuestas a D. C..

Según se resumió, la defensa ha solicitado, en el término de oficina, la aplicación *ultraactiva* de una de las interpretaciones posibles de la ley 23.077. En este aspecto, cabe resaltar que, a diferencia de lo resuelto en el caso **“Sandoval”**, aquí se trata de *varios* hechos ocurridos bajo la vigencia de la ley 23.077 y cuya condena ocurrió *antes* del juzgamiento de otros *nueve* cometidos todos ellos por D. C. *bajo la vigencia del nuevo art. 55, CP*. La cuestión es, entonces, establecer por qué razón debería aplicarse *ultraactivamente* una de las interpretaciones posibles de la ley anterior y extenderla a todos los hechos juzgados por el ahora Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 17.

Aquí tampoco puede pasarse por alto que, al momento en que el imputado solicitó la aplicación de la ley 26.200 (ver punto 2, a) *la pena impuesta por el Tribunal Oral N° 3 de Morón ya se encontraba vencida*, lo que tornaría aplicable lo dicho en los precedentes **“Seballos”**⁵ y **“Torday”**⁶, entre muchos otros. Sin embargo, atento a que se trata de un pedido del propio imputado y que la cuestión ha sido sostenida por su defensa técnica, este tribunal se ve imposibilitado de tratar la cuestión en función del principio de la *reformatio in pejus*.

Del mismo modo, cabe resaltar, por un lado, que los hechos por los cuales fue condenado D. C. en Morón *no fueron calificados como un delito permanente*. Y que cuando cometió el siguiente hecho, en el territorio de la Capital Federal, quedaron allí definidas *cuáles eran las reglas aplicables al caso, en tanto recién en ese momento se tornó operativo el art. 58, CP*. Dicho claramente: la ley aplicable es *aquella vigente al momento en que nace la obligación o la necesidad de unificación*, es decir, a partir del momento de la comisión de los nuevos hechos que crean el concurso. Como fueron

⁵ Sentencia del 16.9.16, Sala II, jueces Niño, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 717/16.

⁶ Sentencia del 28.3.17, Sala II, jueces Niño, Morin y Sarrabayrouse, registro n° 203/17.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29375/2007/TO1/CNC2

cometidos bajo la nueva ley que ya autorizaba el máximo de 50 años de prisión o reclusión, no se observa ninguna razón para que, en el caso, deba extenderse *ultraactivamente una interpretación de la ley 23.077 con respecto a una pena ya vencida*. En este sentido, D. C., al cometer los nuevos hechos a partir del 21 de noviembre de 2005 no podía contar con ninguna expectativa de que se le fuera a aplicar un tope máximo que ya estaba derogado. Es que ni los fundamentos ni las razones constitucionales que sustentan la aplicación de la *lex mitior*, según surge particularmente del art. 2, CP, el art. 9, CADH y el art. 15.1, PIDCyP, resultan aplicables al caso ni autorizan a prolongar la vigencia de una regla derogada al momento en que nació la necesidad de la unificación.⁷

En definitiva: cuando D. C. comete los hechos individualizados como “7”, recién desde ese momento correspondía aplicar la regla del art. 58, CP; y a partir de allí es que surge la necesidad de aplicar el art. 55, CP, según el texto vigente *en ese momento*.

Por lo demás, lo hasta aquí analizado guarda coherencia con los hechos del precedente “**Sandoval**”. En esa oportunidad, se optó por aplicar la interpretación más favorable al imputado del art. 55, CP (t.o. según ley 23.077) cuando *todos los hechos* que conformaban el concurso habían sido cometidos bajo la vigencia de esa ley.

Por último, y frente a este cuadro (varios hechos juzgados bajo una ley en un único proceso tramitado en la provincia de Buenos Aires; otros nueve, sentenciados bajo la vigencia de otra y en la Capital Federal), la defensa en el término de oficina se ha limitado a reclamar la aplicación de la ley penal más benigna, pero lo ha hecho genéricamente, sin tomar en cuenta las particularidades del caso analizadas precedentemente. Si bien esto es entendible desde la óptica del agravio principal planteado por el propio D. C. y su defensa en la instancia anterior (aplicación retroactiva de la ley 26.200), los argumentos

⁷ Cfr. al respecto, Antonio BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, *Problemas del derecho intertemporal argentino*, en Patricia Ziffer / Mauro Divito, *Revista de Derecho penal y procesal penal*, n° 7, julio 2017, Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 1365 y sigs.; Thomas ANTKOWIAK, *Artículo 9. Principio de legalidad y de retroactividad*, en Christian Steiner / Patricia Uribe (editores), *Convención Americana sobre Derecho Humanos. Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung / Eudeba, Buenos Aires, 2014, 255 – 262; Sebastián SOLER, *Derecho penal argentino*, t. 1, 9ª reimpresión total, Buenos Aires, 1983, ps. 185 y sigs.

desarrollados posteriormente ante esta Cámara no logran conmover el razonamiento del *a quo*, en tanto aplicó al caso una de las interpretaciones posibles del art. 55, CP (t.o. ley 23.077) y también la ley 25.928 (ver punto h).

8. En lo que se refiere a la segunda cuestión, esto es, si la pena ha sido correctamente fijada por el *a quo*, tal como se resumió (punto “3.b”) la defensa denunció la omisión de ponderar elementos atenuantes vinculados con las condiciones personales del imputado. Sin embargo, se observa que no ha precisado específicamente qué extremos debió valorar el *a quo* y en qué medida la valoración de ellos incidía en la pena impuesta por el tribunal *a quo*, considerando las demás pautas computadas en la sentencia.

En cuanto a la magnitud de la sanción y la prescindencia de su fin resocializador, en tanto por su monto se transformaba una pena cruel e inhumana, ya que tenía como consecuencia mantener en situación de encierro a D. C. durante toda su vida útil laboral, cabe remitirse a lo dicho en el punto 6 del voto en el precedente **“Casaballe Colacho”** ya citado. Allí se dijo, muy sucintamente, que sin perjuicio del delito de que se trate, la aplicación de una pena privativa de la libertad no puede concebirse en un régimen de ejecución que no prevea ninguna salida anticipada, sin violar el derecho a la igualdad y la resocialización. Además, dado que se trataba de un caso en el que se discutía la legitimidad de la prisión perpetua, sostuve su constitucionalidad en tanto la persona privada de su libertad pueda gozar de un tratamiento adecuado y de la posibilidad de un egreso anticipado antes de agotar la pena impuesta.

En el presente caso, la circunstancia relacionada con la “vida útil laboral” de D. C. (cfr. punto “3.b” de este voto), si se toma en cuenta el tiempo que ya ha pasado detenido, y sus posibilidades de acceder a distintos institutos que autorizan salidas anticipadas, no se advierte que la pena impuesta pueda calificarse como cruel, inhumana o degradante. En este sentido, se observa en el recurso la ausencia de referencia alguna a los institutos previstos en la ley 24.660 que le permitirían a su pupilo, eventualmente, recuperar su libertad



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2
CCC 29375/2007/TO1/CNC2

anticipadamente o suspender su situación de encierro transitoriamente, en el marco del instituto previsto en el art. 16 de la mentada ley, posibilidad prevista en el régimen de progresividad de la pena con anterioridad a la libertad condicional.

Al respecto, no es ocioso señalar que conforme surge del cómputo de pena practicado por el Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 1 de Morón (fs. 2050/2051), D. C. fue detenido el 4 de marzo del año 2002 y, cuando se encontraba morigerada su detención bajo la modalidad de prisión domiciliaria (instituto finalmente revocado por decisión del 12 julio de 2007), fue encarcelado nuevamente en ocasión de los hechos juzgados por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 17 el 12 de junio de 2007 (ver cómputo de fs. 2000). En ese contexto, surge que el imputado lleva cumplidos aproximadamente dieciséis años y diez meses del total de treinta y siete años de prisión impuestos en la sentencia atacada, circunstancia que lo aproxima a la posibilidad de solicitar su incorporación al régimen de salidas transitorias.

9. En virtud de las consideraciones expuestas, propongo al acuerdo rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de M. D. C., sin costas, en tanto el recurrente tuvo razones plausibles para litigar (arts. 55 y 58, CP; 456 inc. 1°, 463, 465, 468, 469, 470 *a contrario sensu*, 530 y 531, CPPN).

El juez Horacio L. Días dijo:

Que por los argumentos y razones volcadas en mi voto de los precedentes “Sandoval” y “Moreyra” de esta Sala —a cuyos fundamentos me remito, en lo pertinente, por razón de brevedad—, adhiero, en lo sustancial, a la solución propuesta por el juez Sarrabayrouse.

Ello así, toda vez que la solución de fondo que propicio para los agravios traídos por el recurrente tanto en su recurso de casación como en su presentación en términos de oficina, viene dada, en forma negativa a la pretensión de la defensa, en las conclusiones a las que arribé en los citados precedentes.

Así voto.

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

RECHAZAR el recurso de casación interpuesto por la defensa de M. D. C. a fs.2361/2370 y **CONFIRMAR** la decisión de fs. 2353/2360 en todo cuanto ha sido materia de recurso, con costas (arts. 55, CP; 456, 463, 465, 468, 469, 470, 471, 530 y 531, CPPN).

Se deja constancia que atento al orden de deliberación, habiendo coincidido los jueces Días y Sarrabayrouse en los argumentos y solución que cabe dar a cada una de las cuestiones objeto del recurso de casación, en vista de la naturaleza de esas cuestiones, el juez Daniel Morin estimó innecesario abordarlas y emitir su voto, por aplicación de lo que establece el art. 23, último párrafo, CPPN (texto según ley 27.384, B.O. 02/10/2017).

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

EUGENIO C.
SARRABAYROUSE

HORACIO L. DIAS

Ante mí:

PAULA GORSO
Secretaria de Cámara