



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 56346/2015/PL1/CNC1

Reg. n° 243/2019

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 15 días del mes de marzo del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Pablo Jantus, Mario Magariños y Alberto J. Huarte Petite, asistidos por la secretaria Paola Dropulich, a efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en la causa n° CCC 56346/2015/PL1/CNC1, caratulada “Jarnub, Axel Nahuel Xamil s/ hurto”, de la que **RESULTA:**

I. El Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 58 de esta ciudad condenó a Axel Nahuel Yamil Jarnub a la pena de cuatro meses de prisión de efectivo cumplimiento y costas, en orden al delito de hurto en grado de tentativa reiterado –dos oportunidades, en concurso real, como coautor en el hecho I y autor en el II–. Asimismo, le impuso la pena única de tres años y dos meses de prisión, accesorias legales y costas, que comprende la de tres años de prisión de ejecución en suspenso impuesta el 29 de marzo de 2016 por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 11, cuya condicionalidad se revocó. Por último, lo declaró reincidente (fs. 235/255).

II. Contra dicha sentencia interpuso recurso de casación la defensa (fs. 257/279), que fue concedido (fs. 280/286), mantenido (fs. 290) y al que la Sala de Turno de esta Cámara otorgó el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 292).

III. En la oportunidad prevista en el artículo 465, 4° párrafo, del cuerpo legal citado, efectuó una presentación la parte recurrente (fs. 295/304).

IV. Conforme a lo establecido en el art. 465 citado, quinto párrafo, se designó audiencia en esta instancia, a la que no comparecieron las partes (fs. 339).

V. Tras la deliberación, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

Y CONSIDERANDO:

El juez Pablo Jantus dijo:

I. La intervención de este tribunal está dada por el recurso de casación presentado por la defensa contra la condena enunciada precedentemente.

a. Con relación al hecho I (descrito en el requerimiento de elevación a juicio de fs. 79/80), la parte recurrente planteó en primer lugar su atipicidad por *insignificancia*. Señaló que los elementos objeto del delito resultan de un *miserable estado de conservación* y de *imposible estimación económica*, además de que su *eventual tenencia por parte del imputados se vio fugazmente afectada* ya que fueron recuperados en forma inmediata, con lo que tanto la conducta como el resultado resultaron de *escasa gravedad*.

En segundo término la defensa se agravió por arbitrariedad en la valoración de la prueba de cargo por parte del Tribunal en el fallo, argumentando que sólo se redujo a los dichos del oficial de policía Walter Javier Cazzaniga, y que dicho testimonio no resulta suficiente para conformar el grado de certeza requerido para arribar a una sentencia condenatoria, máxime cuando, por la nocturnidad, el funcionario no logró determinar los elementos que dos sujetos se encontraban sustrayendo de la camioneta, y los perdió de vista durante el lapso que insumió la vuelta a la manzana que dio luego de observarlos—.

Explicó que dicha evidencia carece del valor probatorio que se le otorgó en la sentencia, pues las demás personas citadas como testigos no presenciaron el hecho. Sobre esto, descartó el testimonio del subinspector Molina, ya que se limitó a detener a los imputados mas no precisó cuál de ellos trasladaba el carro de supermercado con los elementos sustraídos. Además, mencionó que Alejandro Arrieta, testigo de actuación, declaró específicamente que cuando vio pasar a las personas que finalmente fueron detenidas, no llevaban consigo el mentado carro, que recién logró advertir cuando lo fueron a buscar para llevarlo hasta el lugar.

b. Con relación al hecho II (descrito en el requerimiento de elevación a juicio de fs. 159/160), también se agravió el recurrente por arbitrariedad en la valoración de los elementos probatorios reunidos en el debate, y entendió que la decisión impugnada se afianzó exclusivamente en lo declarado por la oficial de policía Marcela Ivana



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 56346/2015/PL1/CNC1

Medina. Explicó que recién durante la celebración de la audiencia de debate ésta reveló aquellos rasgos configurativos de la supuesta maniobra delictiva enrostrada a su asistido, y que el otro preventor, Jonathan Ezequiel Sotelo, fue terminante en sus dichos con relación a que no observó la conducta atribuida.

Por otro lado, el recurrente argumentó que en atención a que se desistió de la declaración e incorporación por lectura de los dichos del testigo de actuación Fabio Moreno, la fuerza probatoria de las actas de detención, lectura de derechos y secuestro, reposó exclusivamente en la versión del restante, Leonardo Brunetto, quien expuso que luego de firmar unas actas, cuando ya había retornado a su negocio, el personal policial volvió a buscarlo a fin de que suscribiera el acta de secuestro de una rueda que nunca vio.

c. Respecto del monto punitivo discernido en el caso, afirmó que el Tribunal ponderó agravantes que no fueron mencionadas por el representante del Ministerio Público Fiscal, tales como que los bienes propiedad de Velis –hecho I– se encontraban destinados a su labor diaria, y sus antecedentes penales, con lo que se afectó el principio *ne bis in ídem*.

d. Por último, entendió que el instituto previsto en el art. 50 del Código Penal se aplicó en exceso de jurisdicción, puesto que no hubo un pedido expreso en ese sentido por parte de la Fiscalía, y que así se vulneraron los principios de defensa en juicio, acusatorio y de inmediación.

En su presentación en el término de oficina, la parte recurrente también se agravió con relación al monto de la pena única, sosteniendo que, en función de sus condiciones personales y de la levedad de los hechos anteriores, debió fijarse en tres años de prisión, ya que las reglas relativas a la unificación de condenas así lo permiten.

Por otra parte, reiteró el agravio relativo a la aplicación de la reincidencia sin haber mediado petición del representante del Ministerio Público Fiscal, lo cual configuraba una clara afectación al derecho de defensa en juicio y el principio acusatorio. Además, señaló que se privó a esa parte de poder contradecir las razones que podían motivar la

declaración del instituto, máxime cuando el juez sólo se conformó con considerar que su asistido había cumplido pena como condenado, sin verificar el lapso de duración en que su asistido permaneció en calidad de tal ni el tratamiento al cual fue sujeto. Sin perjuicio de ello, finalmente postuló también la inconstitucionalidad del instituto previsto en el art. 50 del Código Penal, por resultar violatorio de diversos principios y garantías constitucionales, como el principio de culpabilidad, derecho penal de acto, *ne bis in ídem* y de resocialización.

II. En el fallo se tuvo por probado, en primer lugar, que el 17 de septiembre de 2015, aproximadamente a las 04:25 hs., Jarnub y Eduardo Moreyra fueron encontrados en la parte superior de la caja de una camioneta marca Ford, modelo F-100, dominio BJS-546, perteneciente a Hugo Ricardo Velis, que se encontraba estacionada en Montevideo al 1600 de esta Ciudad. En esa oportunidad, los nombrados sustrajeron de allí una carreta de carga de metal color naranja con dos ruedas de goma, tres rollos de sogá color blanco con pintas negras, dos frazadas y un carro de metal de supermercado de cuatro ruedas, y se los llevaron consigo, sin ejercer violencia. Dicho accionar fue advertido por el policía Walter Cazzaniga, quien a su vez dio aviso al inspector Cristian Aldo Molina, quien los detuvo (hecho I).

Por otra parte, también se tuvo por acreditado en que el 20 de noviembre de 2016, aproximadamente a las 6:30 hs., en Quintana 50 de esta Ciudad, Jarnub intentó apoderarse ilegítimamente de una rueda de auxilio rodado 245-70-16 con inscripción “Pirelli Scorpion ATR” que se hallaba dentro de la caja de carga de la camioneta marca Volkswagen, modelo Amarok, dominio LRA-352, propiedad de Nicanor Moreno Crotto, quien la había dejado estacionado sin cerrar con llave el portón de esa parte del vehículo. Su accionar se vio impedido por el personal policial que intervino y procedió a su detención, motivo por el que no pudo disponer del objeto en cuestión (hecho II).

III. Los parámetros que a mi modo de ver deben ser tenidos en cuenta a la hora de revisar la valoración de la prueba en la sentencia desde el tribunal de casación han sido desarrollados *in extenso* al resolver en las causas “Mansilla” y “Aristimuño” de esta Sala (Reg. n° 252/2015 y



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 56346/2015/PL1/CNC1

Reg. n° 1038/16, respectivamente, y citas: José I. Cafferata Nores, *La prueba en el proceso penal*, 3ª edición, Depalma, Bs. As., 1998, p. 8; Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, Ed. Trotta, España, 1998, pp. 105 y ss.; J. Clariá Olmedo, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1984, tomo I, p. 234; P. Andrés Ibáñez, *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Bs. As., 2009, p. 91; art. 14.2 PIDCyP, conforme la Observación General n° 32 del Comité de Derechos Humanos de la ONU y C.S.J.N. fallos 328:3399, “Casal”), ocasión en la que se analizaron las pautas de una interpretación constitucional del recurso en tratamiento a partir de la doctrina del precedente del Máximo Tribunal recién citado y evaluó cómo deben interpretarse los conceptos de certeza y duda para fundar los extremos de los que se trata.

Sobre la base de estas consideraciones, observo que el Tribunal ha efectuado una adecuada valoración de la prueba rendida en el debate y la ha articulado de modo tal que, de su lectura, se puede comprender sin lugar a dudas que ha sido correcta la acreditación de la materialidad de los hechos y la participación del imputado, conforme las pautas de la sana crítica racional (arts. 241 y 398 CPPN).

A mi modo de ver y de adverso a lo sostenido por la defensa, en el fallo recurrido se ha realizado una prolija descripción de las declaraciones recibidas, y de la valoración que se efectuó luego de esos relatos y de su vinculación con el resto de la prueba, se desprende la conclusión a la que finalmente se arribó, al tener por acreditados los extremos aludidos.

a. En primer lugar, respecto del hecho I, el juzgador tomó en consideración la versión dada por el agente Walter Cazzaniga; particularmente, para categorizarla como contundente, relevó que éste expresó que aquel día, mientras recorría la zona, observó a dos sujetos sustrayendo elementos de la camioneta en cuestión, y señaló que uno de ellos se encontraba debajo del rodado recibiendo las cosas que el restante, ubicado en la parte superior, le alcanzaba.

En efecto, mencionó que “al pasar por la altura catastral 600, pudo observar a un hombre subido al paragolpes trasero de una camioneta, el cual le estaba pasando cosas a otro ubicado debajo, no

pudiendo precisar qué tipo de elementos, ya que era de noche (...) solicitó apoyo policial por tratarse de dos (2) sujetos y encontrarse en inferioridad numérica, razón por la cual continuó con su marcha y dio la vuelta a la manzana, perdiéndolos de vista (...) al retomar por la calle Montevideo, observó a otro móvil, a cargo del Subinspector Molina, que se encontraba identificando a esos sujetos, a los que terminó reconociendo como quienes momentos antes estaban sustrayendo cosas de la camioneta (...) los hombres tenían un «changuito» de supermercado, que adentro había distintas cosas: una manta y un carrito de los que se utilizan en los fletes (...) la camioneta se trataba de una de las del estilo que se usan para fletes, que la misma no estaba completamente cerrada, sino que tenía una parte cubierta por una manta”.

Luego, se relacionó adecuadamente esa prueba con el testimonio del inspector Cristian Aldo Molina, quien explicó que al arribar al lugar del hecho por un pedido de apoyo del oficial mencionado anteriormente, detuvieron a Jarnub y a Moreyra a cincuenta metros de la camioneta, y que llevaban consigo un carrito con frazadas, sogas y un carro de fletero.

Sobre este punto, se destacó también que el testigo Hugo Ricardo Velis, propietario de los elementos sustraídos, manifestó que estos eran livianos, por lo cual se puede concluir adecuadamente que la conducta realizada no requería mayor tiempo o agilidad que la desplegada en el suceso.

Este argumento fue reforzado con las fotografías de los objetos y con el informe pericial que se practicó sobre ellos.

Por lo demás, el juez advirtió también que, en las fotografías del vehículo se observa que el ingreso a este tampoco exige mayor esfuerzo, puesto que cuenta en su parte trasera con un sector de apoyo y la abertura por encima de las puertas luce accesible.

Como corolario del exhaustivo análisis de la prueba de cargo, el Tribunal tomó también en consideración los dichos de los testigos de procedimiento, Luis Alberto Rodríguez y Alejandro Damián Arrieta, quienes no sólo reconocieron sus firmas en las distintas actas, sino que recordaron que en aquella oportunidad habían sacado elementos de una



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 56346/2015/PL1/CNC1

camioneta. El segundo de ellos afirmó también que había visto pasar a los dos sujetos que luego fueron aprehendidos por personal policial.

Por último, y en respuesta al argumento de la defensa relativo a que no fue posible establecer la ajenidad de los elementos secuestrados, mencionó que tras la realización del debate quedó plenamente demostrado que los objetos en cuestión eran propiedad de Velis, no sólo por los dichos del propio damnificado sino por otros elementos probatorios, entre ellos, el relato de Cazzaniga en punto a que observó cuando los dos individuos los sacaban de la camioneta mencionada. En suma, el testigo José Luis González indicó a los preventores que el vehículo pertenecía al portero del edificio lindante a su lugar de trabajo, es decir, Velis.

b. Con relación al hecho II, el juez valoró principalmente, y de manera adecuada, los dichos de la oficial Marcela Ivana Medina, quien fue contundente al manifestar que vio el accionar del imputado –a quien además reconoció en la audiencia–, lo que motivó su intervención, y que antes de ser aprehendido éste le solicitó que no lo detuviera, ofreciéndole devolver la rueda sustraída de ser necesario. Esto encuentra coincidencia con el relato del oficial Sotelo, quien fue preciso al describir el modo en que se llevó a cabo la detención del encausado.

Desde mi punto de vista, los testimonios de ambos oficiales de policía se mostraron coherentes con la situación del hecho. En efecto, la testigo Medina mencionó que “se cruzó con un hombre que estaba observando de forma sospechosa una camioneta marca «Amarok» estacionada (...) el hombre abrió la caja de la camioneta, la que se encontraba sin seguro, y sacó del interior la rueda de auxilio, la cual se llevó rodando hasta la esquina (...) Al advertir esta circunstancia, lo interceptó e indagó respecto al neumático que llevaba consigo, a lo que en un primer momento respondió que era el dueño de la camioneta para después de ello desdecirse y solicitarle que lo dejara ir y que iba a dejar la rueda donde la había sacado”. Por su parte, Sotelo expresó que “Medina le hizo una señal llamándolo por su apellido por lo que acudió en apoyo de su compañera, mientras estaba entrevistando al individuo y observó la rueda en el piso”. Además, al exhibírsele las fotografías de la camioneta y

la rueda secuestrada, éste las reconoció como aquellas formaron parte del suceso atribuido.

Por lo demás, como bien destacó el *a quo*, si bien no existió cuestionamiento sobre a quién pertenecía el objeto en cuestión, considero importante remarcar que igualmente este aspecto quedó resuelto, toda vez que se ha acreditado debidamente que era propiedad del señor Nicanor Moreno Crotto, lo cual se desprende no sólo de la documentación de fs. 107, sino también del relato de la preventora Medina, quien dijo que el damnificado se hizo presente aquel día.

Por último, el juez tuvo en cuenta también el acta de secuestro en la que se documentó que el día del hecho se incautó en poder del imputado una rueda, con su llanta de color plateado y cubierta colocada, según las precisiones ya efectuadas.

Considerando tales premisas, el magistrado concluyó con buenos fundamentos dando por acreditados los extremos de los que se trata con el grado de conocimiento correspondiente.

Pues bien, como adelanté, considero que el razonamiento desarrollado en la sentencia a partir de la consideración de la prueba aludida ha observado las reglas de valoración de la sana crítica racional (art. 241 CPPN), de modo que resulta suficiente para sostener la condena porque, como se destacó, el testimonio de los distintos testigos no sólo presentan los indicadores de credibilidad mencionados, sino que se encuentran conectados con otras evidencias que los categorizan en ese sentido y contextualizan.

Entonces, como los fundamentos de la decisión se sostienen en la valoración de prueba de cargo correctamente relacionada, a la vez que contienen adecuada respuesta a los planteos de la defensa, la decisión consulta adecuadamente el deber de motivación y debe ser rechazada la crítica de la parte recurrente relativa a la arbitrariedad de la sentencia de condena al respecto.

Sobre este aspecto, sostiene Perfecto Andrés Ibáñez (*Prueba y convicción judicial en el proceso penal*, Hammurabi, Bs. As., 2009, p. 94) que “tiene que proyectarse (...) en el área de los fundamentos (...) mediante la individualización suficiente de la fuentes de prueba examinadas; de la



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 56346/2015/PL1/CNC1

expresión del rendimiento de cada una de ellas en elementos probatorios; de los cursos inferenciales que éstos posibilitan y de los criterios de uso; de lo que resulte de cruzar tales informaciones; de la forma en que ese resultado reacciona al entrar en relación con cada una de las hipótesis en presencia; del porqué se ha entendido que la información obtenida presta fundamento a cierta hipótesis; de cómo ésta ha resistido a las pruebas contrarias”. Todo ello concurre en el caso analizado.

IV. El recurrente planteó además un supuesto de atipicidad de la acción descrita como hecho I, pues entendió que no se verifica una afectación relevante del bien jurídico, por su estado de conservación y valor pecuniario. Agregó que “la tenencia de esos objetos por parte de su propietario se vio fugazmente afectada, registraba tan escasa gravedad que la conducta sólo podría subsumirse en una figura penal en prescindencia del principio de lesividad previsto en el art. 19 de la Constitución Nacional”.

El Tribunal respondió ese planteo argumentando, con cita de reconocida doctrina, que el bien jurídico protegido por la figura penal atribuida no se identifica únicamente con el valor monetario de la cosa, sino que reviste un criterio amplio de patrimonio, y que tras la realización del debate quedó demostrado que los elementos sustraídos que se encontraban en el interior de la camioneta y que fueron secuestrados en poder de Jarnub, resultaban necesarios para la labor cotidiana de su propietario. Entendió también que esta circunstancia, sumada a que las características del vehículo evidencian que se trataba de una camioneta destinada a la realización de fletes o mudanzas, les confiere un valor significativamente mayor al pretendido por la defensa.

Pues bien, considero que el fallo brindó una respuesta adecuada y fundada al planteo del recurrente, que ahora reedita, sin tomar a su cargo rebatir los fundamentos expuestos y limita su presentación a una mera discrepancia con lo resuelto, lo que determina su inadmisibilidad en la medida en la que, reitero, la defensa no ha brindado argumentos suficientes para desacreditar la razonable argumentación del fallo en el aspecto analizado.

V. Con relación al monto de la pena, he de señalar que en el marco de nuestro ordenamiento legal, el juicio de selección es propio del juez y, en esa tarea, debe adecuarse a las pautas objetivas y subjetivas previstas en los arts. 40 y 41 CP, respetar la pretensión punitiva estatal expresada por el representante del Ministerio Público Fiscal y contener suficiente fundamentación para permitir su control.

Esto es así en tanto forma parte del poder de connotación judicial la comprensión de aquellos elementos del hecho que aconsejen dosificar en su medida justa la sanción por el evento, debiendo el juez, a tal fin, percibir las notas peculiares del caso para que sea posible, a la vez, robustecer la confianza de la población en el imperio del derecho –con el límite de la culpabilidad– y lograr la resocialización del autor (cf. causas “Fernández”, Reg. n° 483/2016, y “Silva”, Reg. n° 508/16, de esta Sala, entre otras, y sus citas: Patricia S. Ziffer, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad Hoc, Bs. As., 1996, p. 23 y ss., Carlos Creus, *Derecho penal, parte general*, 3ª ed., Astrea, Bs. As., 1992, p. 492 y ss. y Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1998, p. 155 y ss.).

En el fallo cuestionado se respetó la pretensión fiscal y se brindaron suficientes razones en el sentido indicado, pues se relevaron diversas circunstancias agravantes y atenuantes, tanto objetivas como subjetivas, para arribar al monto en cuestión –entre ellas, que los hechos se perpetraron aprovechando la nocturnidad, respecto de bienes desprotegidos por hallarse en la vía pública, y el valor de uno de ellos; también sus condiciones particulares, su historia de vida situación actual de vulnerabilidad y actitud de mostrada–.

Luego, la ponderación del destino de los bienes que se intentó sustraer a Velis es muy pertinente –pues como éste las emplearía para tareas laborales da cuenta de la magnitud del daño que se hubiere causado, específicamente previsto como circunstancia objetiva agravante en el art. 41 inciso 1 CP–, y debe descartarse que se trate de un supuesto de decisión *extra petita* que vulnere el derecho de defensa ya que es claro, desde mi punto de vista, que la limitación a la potestad jurisdiccional constituida por la pretensión punitiva del fiscal no alcanza aquel



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 56346/2015/PL1/CNC1

extremo, sino que se refiere a la delimitación de los hechos, su calificación legal, monto sancionatorio y consecuencias de la condena, con lo que es tarea del juez fijar la pena respetando los parámetros mencionados en este punto, según ya se enunció.

A ello se agrega que la defensa no ha demostrado de qué modo se ha visto sorprendida por la decisión del Tribunal a la hora de considerar esa circunstancia en particular, ya que integra la descripción general de los hechos contenida en la acusación; ni de qué forma se modificaría la conclusión en caso de ser excluida —en la medida en que se invocaron otras, variadas, en idéntico sentido—. Lo mismo debe predicarse de la mención de los antecedentes penales del imputado, pues aun si se otorgara razón a la defensa en su planteo, lo cierto es que el monto discernido resulta adecuado y fundado en otras circunstancias varias.

En consecuencia, y como el análisis desarrollado por el Tribunal resulta suficientemente argumentado y ajustado al marco normativo e interpretativo correspondiente, tanto en lo tocante a la pena principal como a la única a la que se arribó método compositivo mediante, corresponde rechazar el recurso presentado.

VI. Por último, en base a las garantías que aseguran un sistema de enjuiciamiento acusatorio debe ser admitido el agravio del recurrente relacionado con la declaración de reincidencia sin petición fiscal, conforme al desarrollo efectuado en la causa “Sirota” de esta Sala, Reg. n° 540/2015.

En tal oportunidad analicé ese régimen de acuerdo a los valores de presunción de inocencia, imparcialidad del juzgador, igualdad de armas y asunción de la carga de la prueba por parte de la acusación, y concluí que de ellos resulta una clara separación entre las funciones requirentes y decisorias, con lo que la labor jurisdiccional reconoce como límite la resolución, como tercero imparcial, de un conflicto de intereses, sin ir más allá de las pretensiones de las partes.

Creo que esa es la mejor forma de garantizar el derecho fundamental a la defensa en juicio, ya que al fallar el tribunal como lo hizo, declarando reincidente a Jarnub sin que la fiscalía recabara la

aplicación del instituto, privó a aquella parte de presentar sus argumentos, colocando al imputado en una situación más desfavorable; en definitiva, la asistencia técnica resultó sorprendida con la solución adoptada, que excedió la pretensión punitiva del órgano acusador (cf. ver Observación General n° 32 del Comité del Derechos Humanos de Naciones Unidas, n° 21).

Es que si bien es cierto que el órgano jurisdiccional tiene obligación de velar por el cumplimiento, por parte del acusador, del principio de legalidad verificando que sus postulaciones no sean arbitrarias y estén sujetas a la ley, ya que en caso contrario su requerimiento será nulo, no puede ir más allá de su demanda, supliendo su actividad por un criterio diferente o por no estar de acuerdo con sus alcances. Y observo que en este caso, en el fallo no se ha efectuado ninguna crítica al alegato de esa parte, en el sentido indicado.

Es claro que la declaración de reincidencia depende de la ponderación de cuestiones fácticas y jurídicas que necesariamente deben ser discutidas por las partes en el debate para así habilitar –de acuerdo a los parámetros mencionados más arriba– la jurisdicción del tribunal, en un juicio respetuoso de la Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos a ella incorporados.

Sobre todo en este caso, en el que la declaración de reincidencia reconoce como antecedente el cumplimiento parcial y acotado por parte del imputado de una pena de muy corta duración: la de seis meses de encierro impuesta el 7 de junio de 2016 por el Juzgado Correccional n° 5 del Departamento Judicial de Morón, provincia de Buenos Aires, que agotó el 2 de octubre del mismo año (cf. fs. 16/21 y 32/33).

En consecuencia, al no haber sido materia de debate se privó al defensor de la posibilidad de hacer valer los argumentos que la doctrina y muchos precedentes han elaborado cuestionando el instituto mencionado, y generó un supuesto de *extra petita* que vulneró claramente el derecho de defensa del imputado, por lo cual corresponde dejar sin efecto la aplicación del instituto previsto en el art. 50 de la ley de fondo.

VIII. En virtud de lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa, en punto



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 56346/2015/PL1/CNC1

a la declaración de reincidencia, y, en consecuencia, dejar sin efecto la declaración de reincidencia dictada respecto de Axel Nahuel Yamil Jarnub (arts. 50 del CP y arts. 471, 530 y 531 del CPPN). Asimismo, postulo rechazar parcialmente el recurso de casación, respecto de los restantes agravios, y, en consecuencia, confirmar la sentencia recurrida; sin costas (arts. 470, 471 –todos *a contrario sensu*–, 530 y 531 del CPPN).

El juez Alberto Huarte Petite dijo:

I. En primer lugar, corresponde aclarar que los agravios presentados por el recurrente relativos a la motivación de la sentencia en orden a la valoración de la prueba respecto de los hechos por los que se condenó a Jarnub, fueron analizados por el suscripto conforme el criterio sustentado, entre otros, en los precedentes “**López**” (Reg. n° 1014/17, acápite III, voto del juez Huarte Petite, rta. 18.10.17) y “**Tévez**” (Reg. n° 1148/17, acápite II b., voto del juez Huarte Petite rta. 9.11.17) –a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad– respecto de la doctrina adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “**Casal**” (Fallos: 328:3329), en lo atinente al alcance que debe asignarse al recurso de casación contra una sentencia condenatoria, en función de lo establecido en los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sobre esa base, considero al igual que el Dr. Jantus (en función de los argumentos por él desarrollados, a los que cabe remitirse en beneficio a la brevedad), que el *a quo* valoró de forma adecuada y con motivación suficiente, que pone a cubierto su decisorio de la tacha de arbitrariedad invocada por el recurrente, el plexo probatorio reunido durante el debate.

II. En orden al planteo de atipicidad por insignificancia vinculado al hecho identificado como I en la sentencia impugnada, cabe recordar que el *a quo* sostuvo al respecto que: “...*el bien jurídico penalmente protegido por esa figura no se identifica, únicamente, con el valor monetario o patrimonial de la cosa, sino que reviste un criterio amplio de ‘patrimonio’. En tal sentido se ha dicho que ‘(...) La protección de la ley penal no se reduce a la propiedad en sentido de dominio de la ley civil (art. 2506, Cód. Civil), sino que se extiende al*

que le otorga el art. 17 de la Const. Nacional, que comprende, no sólo el dominio y demás relaciones jurídicas con las cosas, constitutivas de derechos reales, sino también el poder que se tiene sobre bienes o que se puede llegar a tener en virtud de derechos que reconocen su fuente en relaciones personales (...).’ (Baigún David, Zaffaroni Eugenio Raúl, Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinal y Jurisprudencial, Ed. Hammurabi, Tomo 6, p. 32 y ss.) En igual dirección se explica que ‘(...) La doctrina ha exigido que la cosa tenga un valor patrimonial, lo cual implica, fundamentalmente, que se trate de una cosa que esté incorporada al patrimonio de alguien, por lo cual debe ser susceptible de apropiación. Para Creus el valor patrimonial de la cosa no coincide estrictamente con su valor económico, en cuanto éste entienda como valor de uso o cambio, el nulo o ínfimo valor de la cosa en ese sentido no le quita el carácter de objeto del delito...’ (D’Alessio, Andrés José; Código Penal de la Nación, Comentado y Anotado, Ed. La Ley, Tomo II, 2da edición, actualizada y ampliada, p. 568). En definitiva partiendo de esos postulados - que por su claridad me permití transcribir-, entiendo que no existe duda alguna en cuanto a que esos objetos integraban el patrimonio del damnificado. En efecto los mismos eran necesarios para labor cotidiana de Veliz, siendo muestra clara de ello que el antes nombrado se presentó en la Comisaria para recuperarlos, lo que descalifica la hipótesis de la defensa al señalar que podría tratarse de material de descarte...” (fs. 248 y 248 vta.).

Como se observa, la objeción del recurrente fue correctamente respondida por el magistrado de la instancia anterior. En definitiva, el escaso valor del bien sustraído no eliminó para el caso (dadas las circunstancias fácticas relevadas por el *a quo*), la tipicidad del comportamiento; pues aun cuando la lesión pudo haber sido de menor entidad, de ello no puede concluirse sin más que el bien jurídico protegido por la norma no hubiese sido vulnerado. Por todo ello, comparto con el juez Jantus que este agravio es inadmisibile porque la recurrente no rebatió los sólidos argumentos antes transcriptos y sólo se limitó a expresar su mera discrepancia con lo resuelto.

III. En cuanto al monto de pena discernido por el hecho objeto de estas actuaciones diré que, tal como lo sostuve entre otros, en los precedentes “**Rivas**” (Reg. n° 914/17, Sala III, del 22.9.17), “**Álvarez Mujica**” (Reg. n° 1217/17, Sala III, del 24.11.17), “**Barrera Piñeiro**”



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 56346/2015/PL1/CNC1

(Reg. n° 1284/17, Sala III, del 5.12.17) y **“Sequeira”** (Reg. n° 561/18, Sala III, del 22.5.18), acompañando en general el criterio del juez Jantus, el juicio de determinación de la pena es una facultad propia del juez y, en esa tarea, debe adecuarse a las pautas objetivas y subjetivas previstas en los arts. 40 y 41 CP, y contener suficiente fundamentación para permitir su control.

En tal inteligencia, para que proceda la impugnación de la defensa sobre dichas cuestiones es necesario que la parte recurrente demuestre que en la decisión atacada se encuentra presente un vicio o defecto en la determinación fáctica de las circunstancias valoradas en calidad de agravantes o atenuantes, una errónea aplicación de las respectivas normas sustantivas, una vulneración a garantías constitucionales que puedan incidir en la determinación del *quantum* de pena, tornándola inusitada o desproporcionada, o en definitiva, una decisiva carencia de motivación que impidiese conocer acabadamente cuáles fueron las razones que llevaron al tribunal de mérito a determinar el monto en concreto.

Con sustento en todo ello, mi voto es coincidente con el del Dr. Jantus en cuanto a que el monto de pena por los hechos objeto de este proceso y el de pena única impuesto a Axel Nahuel Yamil Jarnub, ha sido debidamente motivado por el *a quo*, y ambos se ajustan a la magnitud de injusto del caso y a la medida de la culpabilidad del imputado, teniendo en cuenta las circunstancias y demás modalidades en las que ocurrieron los hechos atribuidos al nombrado.

En este sentido, también acuerdo con el Dr. Jantus en que el agravio vinculado a la valoración como agravantes, al momento de determinar el monto de pena, de circunstancias no mencionadas por el fiscal en su alegato, tampoco puede ser atendido.

En efecto, el derecho de defensa opera como límite concreto de la función jurisdiccional. Sin embargo, entiendo que no se afecta dicha garantía cuando, dentro del marco legal aplicable y siempre que se verifiquen determinados requisitos (que considero que en el caso concreto concurren), el tribunal resuelve considerar circunstancias agravantes no referidas por el Ministerio Público Fiscal cuando concretó

su pedido de pena.

El procedimiento penal que emerge de la reforma europeo-continental del siglo XIX, y del cual deriva nuestro ordenamiento en la materia, es un híbrido que, a un mismo tiempo, pretende dar cabida al postulado inquisitivo básico (persecución penal estatal de oficio), y a la regla principal del principio acusatorio (contradicción).

El principio *acusatorio* es análogo al que, en materia procesal civil, se conoce con el nombre de *dispositivo*, derivado de la autonomía de la voluntad, que rige las relaciones jurídicas sustentadas en el Derecho privado.

El citado principio dispositivo, que ha generado los aforismos *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio; sententia debet esse conformis libello; ne eat iudex extra et ultra petita partium*, se puede definir según su explicación política: en Derecho privado el interés es la medida de las acciones.

Conforme a él, en consecuencia, se impide a los órganos estatales competentes para administrar justicia avocarse a la solución de problemas jurídicos que no le hayan sido planteados por quienes, según la ley, tienen un interés legítimo para reclamar su intervención o, planteados concretamente por el interesado, extenderse más allá del caso expuesto y de la solución que se pretende.

Ahora bien, de acuerdo a la regla legal que establece que, sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal (no aplicadas en el caso), las acciones penales públicas se ejercerán de oficio (artículo 71 del Código Penal), el proceso penal vigente, al menos para el juzgamiento de los delitos de acción pública como los aquí tratados, es extraño al principio acusatorio y al dispositivo.

Ello así, pues conforme al principio acusatorio se distinguen las funciones de perseguir y decidir, colocándolas en mano de órganos estatales diferentes (el Ministerio Público y los tribunales), lo cual ha sido plasmado claramente en el ordenamiento constitucional, en cuanto se ha conferido al Ministerio Público la función de “...promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 56346/2015/PL1/CNC1

sociedad...” (artículo 120), y simultáneamente, corresponde al Poder Judicial de la Nación “...el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación...” (artículo 116).

Sin embargo, a la luz de la normativa infraconstitucional antes citada, la diferenciación entre órgano requirente y decisor, no ha sido dispuesta en nuestro ordenamiento jurídico para realizar el principio acusatorio desde el punto de vista material, sino para posibilitar, al mismo tiempo, un juez imparcial y un contradictor formal para el imputado (principio de defensa).

Por ello se dice que en el proceso penal por delito de acción pública, en el sistema actualmente vigente y aplicable al presente caso, sólo rige un *acusatorio formal*, pues es el mismo Estado el que obligatoriamente (principio de legalidad procesal), persigue penalmente (*ex officio*), no bien toma noticia de la presunta comisión de un hecho presuntamente punible.

De allí también que, con la sola limitación del *thema decidendum*, derivada del principio de defensa (contradictorio), el tribunal penal pueda fallar *extra y ultra petita*, según la doctrina mayoritaria (conf. con todo lo hasta aquí expuesto, Maier, Julio B. J., “Derecho Procesal Penal”, Tomo I, pág. 592, Editores del Puerto S.R.L., 2da. Edición, 2da. Reimpresión, Buenos Aires, 2002).

En el supuesto, entonces, en que el Tribunal de juicio considere que han de valorarse en contra del imputado, al momento de determinarse la pena, circunstancias contenidas en la ley con incidencia para la determinación de la pena conforme a los artículos 40 y 41 del Código Penal pero no precisadas por el acusador en su alegato, no se verá afectada la garantía constitucional aludida, siempre que, como en el supuesto que ahora nos ocupa, todas aquellas, que fueron consideradas al momento de decidir (conformando así, en definitiva, el *thema decidendum* sobre dicha cuestión puntual), hubiesen sido puestas de manifiesto en el curso de la audiencia, a la vista de las partes, quienes ejerciendo el debido control sobre la prueba hubiesen podido indagar sobre todos los aspectos que hubiesen sido de su interés en orden a la

motivación de la fijación de un eventual monto punitivo.

La decisión posterior del Tribunal sobre la individualización en concreto de las pautas que lo lleven a determinarlo es, en consecuencia, una cuestión privativa de aquél, que sólo se encuentra acotada a las circunstancias fácticas derivadas del debate con relevancia para el punto y, por supuesto, debe tener suficiente motivación que la ponga a resguardo de toda objeción de arbitrariedad.

Mientras se respeten debidamente tales garantías, tampoco se verá afectada la imparcialidad del juzgador, desde que al momento en que le toca decidir en definitiva la cuestión (una vez sustanciado el debido proceso), aquél no asume el carácter de parte, sino que, por el contrario, procura resolver el conflicto traído a su conocimiento (artículo 116 de la Constitución Nacional), y su jurisdicción no puede ser limitada, conforme a los principios que inspiran el proceso penal actualmente vigente en el orden nacional y a las consideraciones ya efectuadas, por las pautas de mensuración de la sanción que valore el Ministerio Público.

A este último respecto, debe recordarse que conforme a nuestro régimen constitucional, dicho órgano ejerce sus funciones “en coordinación con las demás autoridades de la República” (artículo 120).

En consecuencia, no puede admitirse pacíficamente que se constriña al órgano jurisdiccional a valorar sólo las circunstancias agravantes precisadas por el órgano acusador, cuando ello implicaría, además de fijar criterios de “subordinación” y no de “cooperación” entre ambos, asignar al Ministerio Público funciones legislativas en la práctica, pues la omisión de su parte de considerar circunstancias de aquel carácter (relevadas a su vez en los artículos 40 y 41 del Código Penal), que fueron materia de incorporación, prueba y discusión durante el debate, llevaría a hacer prescindir al juzgador, obligatoriamente, de la integridad de las normas legales aplicables al caso.

Por último, en cuanto a la valoración en contra del imputado de sus antecedentes penales, lo cierto es que tal aspecto, como puede observarse de la lectura del fallo recurrido, tuvo una incidencia meramente tangencial para la determinación del monto punitivo, cuya fijación descansó en otros múltiples elementos que no posibilitan



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 56346/2015/PL1/CNC1

descalificar a la sentencia impugnada como un acto jurisdiccional válido y le otorgan suficiente sustento, por lo que se torna insustancial el tratamiento de tal crítica recursiva.

IV. En orden al agravio sobre la declaración de reincidencia sin mediar petición fiscal, diré que una cuestión análoga fue resuelta por el suscripto en el precedente “**Castellano Puicon**” (Reg. n° 1177/18, rta 24.9.18), a través del cual, luego de fijar mi postura acerca de la constitucionalidad del art. 50, CP (con cita del fallo “**Gauna**”, Sala III, del 13.10.17, reg. n° 1002/17), recordé que en este último decisorio sostuve además que “...*para los casos en que se concluya en la existencia de la condición de reincidente en el imputado (cumplido el debido proceso en el que, obviamente, tal carácter debe ser acreditado por quien lo invoca, y debidamente debatido para afirmárselo o negárselo por el órgano jurisdiccional), el legislador ha derivado de ello una consecuencia más grave, y la declaración que se hace de tal carácter sólo tiene por objeto precisarla para el caso concreto...*”.

Por todo lo cual entendí allí que frente a la declaración de reincidencia impuesta en la sentencia, sin que hubiese mediado petición de la parte acusadora, la asistencia técnica del imputado se había encontrado sorprendida y a la vez impedida de contradecir u oponerse a una eventual decisión en ese sentido; en definitiva, se había visto imposibilitada de ejercer adecuadamente su defensa y de diseñar una estrategia al respecto.

También señalé en el mentado precedente que tal criterio resultaba coincidente con el plasmado por el juez García en el caso “**Piedrabuena**” (Reg. n° 389/16, Sala I, del 23.5.2016), luego acompañado por el juez Bruzzone en “**Villazante**” (Reg. n° 96/18, Sala I, del 20.2.2018), acerca de que en todo proceso en el que se concluya en la declaración de reincidencia del imputado “...*debe asegurarse un procedimiento que permita el ejercicio de la defensa, que incluya al menos la posibilidad de contradecir que se encuentran satisfechos los presupuestos de hecho y legales para su declaración...*” (voto del juez García), al igual que “...*la posibilidad de expedirse, discutir y replicar sobre la posible aplicación del instituto...*” (voto del juez Bruzzone).

En sentido análogo se expidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Mayo, Miguel Ángel s/recurso extraordinario”, sentencia del 21 de abril de 2015, CSJ 25/2013 (49-M)/CS1.

Allí la Cámara Federal de Casación había anulado la decisión de un tribunal oral federal por la que, al resolver un pedido de libertad condicional, había declarado que el condenado era reincidente y que ello obstaba al pedido. La Cámara había declarado que el tribunal oral carecía de competencia para declarar reincidente al condenado en el momento procesal en el que lo hizo –a saber, durante la etapa de ejecución de la pena- y afirmado que el momento oportuno para hacerlo habría sido al dictar la sentencia de condena después del debate.

El Procurador Fiscal ante la Corte había dictaminado que no había base legal para lo decidido, señalando que el Código Procesal Penal de la Nación reglamenta, para la etapa de ejecución penal, un procedimiento para la evaluación, concesión, rechazo y revocación de la libertad condicional que resulta propicio para resolver la cuestión de la reincidencia: un procedimiento contradictorio, en el que el tribunal cuenta con amplias atribuciones de producción probatoria sobre las condiciones de cumplimiento de la condena actual y sus antecedentes, y cuya decisión es impugnabile por la vía del recurso de casación (confr. Artículos 491 y 505-510 del Código Procesal Penal de la Nación). Sobre esa base había así concluido que, al anular la decisión del tribunal oral sin apoyo alguno en el derecho vigente, el pronunciamiento de la Cámara Federal de Casación Penal había incurrido en arbitrariedad.

La Corte Suprema revocó la decisión por remisión al dictamen del Procurador Fiscal.

En el presente proceso, a los fines de declarar reincidente al imputado, el tribunal *a quo* señaló: “...*Por otra parte, es del caso señalar, también se advierte que en el marco de la causa N° J-1241 del registro del Juzgado Correccional n°5 del departamento Judicial de Morón, el imputado sufrió pena de encierro efectivo en carácter de condenado, es que corresponde su declaración de reincidencia en los términos del artículo 50 del Código Penal, que resulta ser una*



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 56346/2015/PL1/CNC1

cuestión de hecho y de estado, que como tal debe ser declarada, por más que las partes no lo petitionaran.

Así lo ha entendido la Cámara de Casación Penal, al rechazar el recurso deducido por la defensa contra la sentencia dictada al sostener que: ‘...en el marco del juicio abreviado, lo había condenado, declarándolo reincidente, sin que ello haya formado parte del acuerdo entre su pupilo y el Ministerio Público Fiscal’.

Sobre el punto estimo que la calidad de reincidente puede ser declarada por el magistrado o los magistrados intervinientes, de verificarse los requisitos exigidos por la ley al momento de dictar la sentencia, y en modo alguno ello puede ser objeto de pacto del imputado y del representante del Ministerio Público Fiscal, por tratarse de un estado que se ostenta o no, con independencia de las pretensiones de las partes. (C.N.C.P., Sala III, “Pereira, Cristian sobre recurso de Casación”, La Ley 21/01/05, 4-JA 2003- IV, 3)

Asimismo lo ha entendido el mismo Tribunal al afirmar que: ‘la ausencia de petición expresa de declaración de reincidencia por parte del Ministerio Público, en la propuesta de juicio abreviado, no impide al Tribunal que declare dicho estado, toda vez que la calidad de reincidente se asume con el hecho que motiva la condena y la sentencia sólo se limita a reconocer ese estado.’ (cfr. Sala I causas n° 4035 “Benítez, Silvio Andrés s/rec.de queja” ya citada; n° 3276 “Luzza, Hugo Aldo s/rec.de queja” reg. n° 3987 del 5/12/00; Sala II causa n° 2791 “Guercio, Walter M. s/rec.de casación e inconstitucionalidad” reg. n° 3694 del 22/11/00; Sala IV causas n° 3441 “Bailón, Héctor Aníbal s/rec.de casación” reg. n° 4686 del 3/3/03, n° 2055 “Medina, Sergio Fabián s/rec.de casación” reg. n° 2784 del 7/9/00).

A esos fundamentos debe agregarse que, a diferencia de los antecedentes jurisprudenciales citados, en el sublite el Tribunal no se encuentra constreñido a lo pactado por las partes como ocurriría de aplicarse el mecanismo previsto en el art. 431 bis del ritual, sino que al haberse celebrado juicio oral y público, las partes se sometieron a lo jurisdicción plena, por lo que no se advierte óbice alguno para declarar la condición de reincidente de Axel Nabuel Yamil Jarnub...” (fs. 254 y 254 vta.)

Como se advierte, el *a quo* no se hizo cargo de las consideraciones que respecto del imprescindible aseguramiento de las posibilidades de ejercicio del derecho de defensa en forma previa a la declaración de reincidencia (cualquiera sea, en definitiva, el momento en

que ella se efectúa, esto es, en la etapa de juicio o en la etapa de ejecución), se desprenden de los precedentes citados.

De adverso, sólo se limitó a expresar, con cita de otros precedentes que tampoco se hicieron cargo de aquellas, que en definitiva la reincidencia era “un estado”, y que como tal se “ostentaba o no con independencia de las pretensiones de las partes”.

Así las cosas, se advierte una decisiva carencia de fundamentación en cuanto a este aspecto en el fallo recurrido, lo cual constituye motivo suficiente para invalidarlo (arts. 123 y 404, inc. 2º, CPPN).

En orden a cuál debe ser la decisión en el caso, diré que tal como dejé sentado en el precedente **“Risoluto”** de esta Sala (reg. nº 1253/17, del 30.11.17), *“...el recurso de casación... cualquiera sea la concepción que se tenga de sus finalidades y sin poner en duda su función relativa a la unidad de la aplicación del Derecho no puede dejar de ser un medio de protección jurídica contra la arbitrariedad...”* (BACIGALUPO, E. “La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios”, Ed. AdHoc, Buenos Aires, 1994, p. 48).

En esa dirección, no constituye obstáculo para proceder del modo en que se propondrá la circunstancia de que en el *sub lite* se trate de la interpretación y aplicación de reglas normativas contenidas en el Código Procesal, pues el carácter sustancial de tales preceptos, aplicables al caso, desde la perspectiva del recurso de casación, deriva de su directa operatividad sobre el principio fundamental de inocencia. En efecto, como ha sido explicado por la doctrina *“... cuando una norma (de la ley procesal o no) opera sobre un derecho fundamental... no puede ser considerada como meramente adjetiva...”* (Enrique Bacigalupo, *op. cit.*, pág. 42).

Por tal razón es que concluyo en el carácter sustancial de las normas que exigen la debida motivación de las sentencias y, en consecuencia, sobre tal base, entiendo que debe casarse la resolución recurrida y dejar sin efecto la declaración de reincidente efectuada respecto de Axel Nahuel Xamil Jarnub en su punto dispositivo III (art. 470, CPPN).



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 56346/2015/PL1/CNC1

La forma en que resuelve el punto torna innecesario el abordaje de los agravios introducidos en modo subsidiario en el término de oficina.

Por último, ha de hacerse notar que la cuestión tratada en el presente acápite presenta una diferencia sustancial con aquella que fue objeto de análisis en el acápite anterior.

En efecto, la valoración por parte del tribunal de juicio de circunstancias agravantes para la graduación de la pena que no hubiesen sido mencionadas por la parte acusadora, pero que se desprendían de la descripción del hecho o hechos puestos a cargo del imputado por aquella, y que como tales habían sido objeto de discusión y prueba, no resulta incompatible con las garantías constitucionales en juego en razón de lo ya explicado.

Pero es radicalmente diverso el criterio que debe adoptarse cuando, no mediando petición de parte, se dispone oficiosamente la declaración de reincidente del imputado. Tal situación presenta sustancial analogía con aquella contemplada por la Corte Federal a partir del precedente “**Tarifeño**”. Si no hay acusación, no se puede ejercer derecho de defensa alguno y la condena dictada en tales casos será inválida en los términos fijados por la doctrina emanada de la citada jurisprudencia. De la misma forma, si no existe una petición concreta por el acusador de que se declare reincidente al imputado con mención de los fundamentos que llevan a efectuar tal solicitud, el derecho de defensa no puede ejercerse en forma alguna, y ello conduce sin más a la invalidez del decisorio dictado en esas condiciones.

V. En resumen, entonces, voto por hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, dejar sin efecto la declaración de reincidencia dictada respecto de Axel Nahuel Yamil Jarnub (art. 50 del Código Penal y arts. 470, 530 y 531 CPPN); rechazar en lo restante el citado recurso y, por consiguiente, confirmar la sentencia recurrida, sin costas (art. 470 y 471 –ambos *a contrario sensu*- 530 y 531 CPPN).

El juez Mario Magariños dijo:

Atento a que en el orden de deliberación los jueces Jantus y Huarte Petite han coincidido en la solución que cabe dar al recurso de casación presentado, he de abstenerme de emitir voto, por aplicación de lo establecido en el art. 23, último párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación (texto según ley 27.384, B.O. 02/10/2017).

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

I. HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, **DEJAR SIN EFECTO** la declaración de reincidencia dictada respecto de Axel Nahuel Yamil Jarnub; sin costas (arts. 50 del CP y arts. 470, 471, 530 y 531 del CPPN).

II. RECHAZAR en lo restante el recurso de casación interpuesto por la defensa y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la sentencia recurrida; sin costas (artículos 470, 471 –ambos *a contrario sensu*–, 530 y 531 del CPPN).

Por intermedio de la Oficina Judicial de esta Cámara regístrese, notifíquese a las partes intervinientes en esta instancia, comuníquese (acordada 15/13 C.S.J.N. y lex 100) y devuélvase al tribunal de procedencia, donde deberá notificarse personalmente al imputado.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

MARIO MAGARIÑOS

ALBERTO HUARTE PETITE

PABLO JANTUS

Ante mí:

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CÁMARA