

REGISTRO Nro.: 19.572

///la ciudad de Buenos Aires, a los 22 días del mes de diciembre del año 2011, se reúne la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal integrada por el doctor Pedro R. David como Presidente y los doctores Alejandro W. Slokar y Liliana E. Catucci como Vocales, asistidos por la secretaria de Cámara María Jimena Monsalve, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto contra la resolución que obra a fs. 698/709 en la **causa n° 13.719** del Registro de esta Sala caratulada: "**Cano, Ilda Beatriz s/ recurso de casación**", representado el Ministerio Público por el señor Fiscal doctor Javier Augusto De Luca y la Defensa Pública Oficial por la doctora Eleonora A. Devoto.

Efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto resultó el siguiente orden sucesivo: Liliana E. Catucci, Pedro R. David y Alejandro W. Slokar.

La señora juez **doctora Liliana E. Catucci** dijo:

-I-

1º) Que llega el expediente a conocimiento de esta Sala en virtud del recurso de casación interpuesto a fs.716/723 por la defensa de Cano contra la sentencia dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Santa Fe - que en lo que aquí concierne y mediante el trámite de juicio abreviado- resolvió con fecha 9 de diciembre de 2010: "*II.- CONDENAR a ILDA BEATRIZ CANO... como partícipe secundaria del delito de TRANSPORTE DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO POR LA INTERVENCIÓN ORGANIZADA DE TRES O MÁS PERSONAS (art. 5º inc. "c" y 11º inc. "c" de la ley 23.737), a sufrir la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN*

de cumplimiento efectivo, y a pagar en concepto de multa la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$250.-)..."

2º) El recurso fue concedido a fs. 724/725 y mantenido en esta Sala a fs. 733.

3º) El recurrente funda su recurso en el inciso primero del art. 456 del C.P.P.N. al entender que hubo una errónea aplicación de la ley sustantiva en tanto se fijó una condena de carácter efectivo sin explicar los motivos por cuales no se aplicó el artículo 26 del Código Penal.

Recuerda que se condenó a su defendida a una pena de efectivo cumplimiento sin tener en cuenta el pedido expreso de que sea dejada en suspenso atento a que se encontraban reunidos los presupuestos objetivos y subjetivos que exige la norma señalada.

Señala que *"las penas privativas de la libertad tienen un efecto estigmatizante, desintegrador familiar, social y laboral, y constituyen además un favor criminógeno"*.

Afirma el recurrente que la condena condicional significa una advertencia que pretende ser intimidatoria para el futuro inmediato del individuo como también un llamado a su personalidad para que realice un esfuerzo voluntario de su encarrilamiento al respeto de las normas, además de ser más beneficioso que una pena privativa de libertad.

Por ello señala que el carácter condicional de la ejecución de la pena es imprescindible cuando se dan los presupuestos objetivos, debiendo dar sólidos fundamentos en caso de optar por la efectividad del cumplimiento.

En apoyo a su postura invoca diferentes precedentes de nuestro Máximo Tribunal, *"Squilaro, Adrián"*, *"Delfino, Martín Fernando"* del 1 de abril de 2008 que remite al precedente

señalado y más recientemente "García, José Martín" del 4/5/2010".

En razón de lo allí dispuesto, alega la defensa que dándose los presupuestos objetivos correspondía que la pena sea en suspenso, o en su caso fundar adecuadamente su efectividad.

Finalmente solicita que se haga lugar al recurso y a lo solicitado de conformidad a lo dispuesto por el art. 470 del C.P.P.N. resolviendo la modificación de la modalidad de ejecución de la pena de prisión impuesta a su asistida. Para el caso de negativa, hizo expresa reserva del caso federal.

4º) Puestos los autos en Secretaría por diez días, a los fines dispuestos por los artículos 465, primera parte, y 466 del ordenamiento ritual, se presentó la señora Defensora Pública Oficial señalando que la resolución en crisis implicó una transgresión a la garantía *ne bis in idem* en cuanto se hizo una doble valoración al reiterar, al momento de individualizar y graduar la respuesta punitiva elementos que forman parte del tipo penal y el bien jurídico por el cual fue condenada su asistida.

Alega una transgresión a la garantía del debido proceso en relación a que las sentencias deben ser fundadas y constituir una derivación razonada del derecho vigente.

Entiende que la imposición de pena de cumplimiento efectivo, cuando puede evitarse, constituyen una pena cruel, irracional y antifuncional.

En razón de ello es que sostiene que la graduación judicial operada transgrede los principios establecidos en la Carta Magna y Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, en tanto es sólo aparente y confusa en cuanto al monto punitivo y su modalidad.

Por último, solicita que se haga lugar al recurso de casación, se resuelva lo planteado sin reenvío y en caso de no ser así, se sortee un nuevo tribunal a fin de hacer efectiva la garantía de la imparcialidad.

Finalmente, hizo expresa reserva del caso federal.

- II -

Previo a ingresar al tratamiento de la cuestión planteada, efectuaré algunas precisiones sobre los actos acaecidos en autos.

Del acta de fs. 687 se desprende que los procesados prestaron su conformidad con la pena solicitada por el señor Fiscal en el marco del procedimiento de juicio abreviado. En ese sentido, la Sra. Cano, prestó su consentimiento a la imposición de la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo con más una multa de \$250 (pesos doscientos cincuenta).

De las constancias de la audiencia de visu (fs. 690) nuevamente se desprende la conformidad de la imputada Cano con la imposición de la pena pedida por el fiscal. Otorgada que fue la palabra a su defensor, este solicitó que sea dejada en suspenso en virtud de cumplir con los requisitos del art. 26 del Código Penal.

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal impuso a Cano la pena de tres años de prisión de cumplimiento efectivo. Al respecto consideró la gravedad del delito, el grado de participación en el mismo, la pluralidad de intervinientes y la calidad del estupefaciente incautado y su cantidad (157,728 kilogramos de marihuana), lo que acrecienta el daño al bien jurídico protegido por el tipo penal: la salud pública, por lo

que consideró equitativo fijarla en el monto propuesto por el fiscal (fs. 698/709).

- III -

Ahora bien, el agravio principal de la defensa se dirige a cuestionar la modalidad de efectivo cumplimiento de la pena de prisión de tres años impuesta a la señora Cano por el Tribunal de juicio.

Al respecto corresponde recordar que el *a quo* fijó la pena acordada por las partes (fs. 687). En efecto en dicha ocasión Ilda Beatriz Cano en compañía de su asistente letrado manifestó su conformidad con los hechos que se le atribuyen, la calificación legal y la pena propuesta por el Fiscal, habiendo respetado el tribunal el límite máximo de pena y las demás previsiones del art. 431 bis, inciso 5° del C.P.P.N.

En razón de ello, la fundamentación brindada en ese sentido es suficiente para descartar el pedido de la defensa, por lo demás extemporáneo, de que la ejecución de esa pena sea dejada en suspenso.

Viene aplicable al caso lo dicho *in re*: "Ryszelewski, Osvaldo Oscar s/ recurso de queja" (causa n° 551, reg. n° 6884, del 2 de agosto de 2004, Sala I C.N.C.P.) donde se señaló que "...habiendo exteriorizado libremente (el sentenciado) su voluntad de concluir el referido concordato en la forma en que fue plasmado "... cualesquiera que fuesen las razones que a ello la determinaron, no puede la parte intentar modificar, a posteriori y según su conveniencia, los términos en que aquel fue pactado en pos de lograr otros beneficios que en su oportunidad aceptó sin cuestionar -pudiendo hacerlo- a fin de concretar la finalidad que tuvo en mira al celebrar el convenio

referido.

No se observa, por tanto, que el justiciable haya sufrido un gravamen con motivo de la individualización de la pena en la sentencia que intenta impugnar, lo que obsta a la viabilidad del recurso deducido (causa n° 13.347 "Lozada, Oscar Enrique (o Losada) s/ recurso de queja"; causa n° 13.541 "Dicesare, Alejandro Raúl s/ recurso de casación"; ambos de la sala III).

- IV -

En cuanto al tema introducido por la Defensa Pública Oficial, en las breves notas de fs. 738/739, relativo a la doble valoración que habría efectuado el tribunal *a quo* al momento de graduar la sanción a imponer a Cano, he de atenerme a lo sostenido por esta Sala III en las causas n° 489, "Silberstein, Eric s/recurso de casación", Reg. n° 106/96 del 15 de abril de 1996 y 3914 "Griguol, Luciano F. y Romero Da Silva, Orlando R. s/rec. de casación", Reg. n° 448/02, del 28 de febrero de 2002, en cuanto a que "...en la sistemática de nuestro Código Procesal Penal el Tribunal debe limitarse exclusivamente al estudio de los motivos propuestos *ab initio* al interponerse el recurso (cfr. *mutatis mutandi*, causa n° 9, 'Sokolovicz, Mario Rubén s/rec. de casación', Reg. n° 13, del 29/7/93), sin perjuicio de que, de advertirse un caso de nulidad absoluta, abierta como está su jurisdicción, correspondería actuar de acuerdo a lo dispuesto en el art. 168, segundo párrafo, del código de rito".

Lo expuesto no colisiona con la doctrina del fallo C. 1757.XL, "Casal, Matías Eugenio y otros s/robo simple en grado

de tentativa -causa n° 1681-" (C.S.J.N., rta. el 20/9/05), pues allí el Sr. Procurado Fiscal dictaminó que correspondía reducir los requisitos formales de interposición y admisibilidad del recurso de casación (vgr., patrocinio letrado, autosuficiencia, etc.) extremo no receptado por el Alto Tribunal, que amplió el marco tradicional del recurso de casación en lo concerniente al análisis de cuestiones de hecho y prueba, sin modificar ni suprimir las cuestiones instrumentales, y permite deducir que se mantienen vigentes para las partes y para este Tribunal (cfr. causa n° 6153, "Quiroga, Cristian Sebastián s/rec. de casación", Reg. n° 33/06 del 10 de febrero de 2006, de esta Sala). Criterio este, por otra parte, avalado por el Tribunal cimero, in re: "Soria David Rubén s/causa n° 8857", S. 587. XLIV. Recurso de hecho, rta. el 24 de agosto de 2010.

- v -

En consecuencia, propongo el rechazo del recurso de casación interpuesto por la Defensa Pública Oficial, con costas.

El señor juez **doctor Pedro R. David** dijo:

He de disentir con el voto precedente.

En primer término, debo señalar que la sujeción del imputado al juicio abreviado no implica la renuncia a obtener la revisión de la sentencia en cuanto a las exigencias de fundamentación y demás requisitos formales de validez (arts. 399 y 404 y 456, inc. 2° del C.P.P.N.), ni a discutir el derecho aplicado (arts. 456, inc. 1° del C.P.P.N.), ni a discutir la magnitud de la pena impuesta o la infracción al art. 3 C.P.P.N. (Confr. C.S.J.N., causa n° A. 941, Libro XLV, "Aráoz, Héctor

José s/causa n° 10410, rta. el 17 de mayo de 2011).

La defensa se agravia de la imposición de una pena de cumplimiento efectivo, pese a que según su criterio resulta procedente la aplicación del art. 26 del C.P., respecto de Ilda Beatriz Cano.

Ahora bien, nuestro Máximo Tribunal in re: "Squilaro, Adrián y otros s/defraudación especial en grado de partícipe primario - Smoldi, Néstor Leandro s/defraudación especial en grado de partícipe secundario", S. 579 XXXIX, rta. el 8/8/2006 lleva dicho que en caso de poder ser aplicada una condenación condicional, hay que fundar la negativa a ello, "puesto que de otro modo se estaría privando a quien la sufre la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable" y "en tales circunstancias, los condenados se verían impedidos de ejercer una adecuada defensa en juicio ante la imposibilidad de refutar decisiones basadas en criterios discrecionales de los magistrados que la disponen".

Ello, teniendo en cuenta "que, justamente, el instituto de la condenación condicional previsto en el art. 26 del C.P. tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión"; y "que tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el art. 18 de la C.N.". Asimismo que "...la condenación condicional procura evitar la pena corta de prisión para quien pueda ser un autor ocasional..." y que "...la razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el

hecho no reviste mayor gravedad, lo que sucede cuando la pena no excede de cierto límite, o cuando no provoca mayor peligro de alarma social, es decir cuando el sujeto no es reincidente....".

En aquel precedente, se ha concluido, en definitiva, que "si bien surge del citado art. 26 de la ley de fondo el mandato expreso de fundamentar la condenación condicional, no por ello el magistrado deberá dejar de lado el mandato implícito que lo obliga -con el fin de asegurar una debida defensa en juicio- a dictar sus fallos en términos de una derivación razonada del derecho vigente conforme las constancias de la causa para resolver sobre una pena a cumplir en prisión".

Atento a todas estas argumentaciones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se advierte en la presente causa una omisión de pronunciamiento sobre una cuestión esencial que fue oportunamente invocada por la parte, lo que ha sido definido por la corte como causal de arbitrariedad, dando base a la anulación de la sentencia recurrida atento a su falta de fundamentación.

En efecto, pese a la existencia de un acuerdo de juicio abreviado por una pena de cumplimiento efectivo, en la audiencia de visu (fs. 690), la defensa solicitó se dejara en suspenso la pena, en virtud de que su asistida cumplía con los requisitos del art. 26 del C.P.. Sin embargo, esta petición de la defensa no recibió respuesta alguna por parte del tribunal de mérito, que se limitó a exponer: "en relación a Ilda Beatriz Cano, teniendo presente la gravedad del delito, el grado de participación en el mismo, pluralidad de intervinientes y la calidad del estupefaciente incautado y su cantidad (157,728

kilogramos de marihuana), lo que acredienta el daño al bien jurídico protegido por el tipo penal: la salud pública, se estima equitativa fijarla en el monto propuesto por el Fiscal General en su petitorio, vale decir tres años de prisión de cumplimiento efecto y multa de pesos doscientos cincuenta (\$ 250.-), con más las accesorias del art. 12 del C.P.”.

Siendo así, es dable señalar que si bien es cierto que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos (Fallos C.S.J.N.: 221:37; 222:186; 226:474; 228:279 entre otras), existe el deber -en razón de la elevada función jurisdiccional y con fundamento en la garantía de la defensa en juicio- de pronunciarse expresamente sobre los puntos propuestos, en cuanto sea decisivos o relevantes en el pleito, puesto que la falta de pronunciamiento con respecto a estos puntos trae aparejada la nulidad de lo decidido por falta de fundamentación (Fallos C.S.J.N.: 228:279; 221:237 entre otras).

La defensa oficial, en el término de oficina se agravia del monto de pena impuesto, planteo que resulta manifiestamente inadmisibile. Ello así, por cuanto no se logra demostrar su interés en recurrir ese punto, atento a que 3 años de prisión resulta ser el mínimo de pena previsto para la participación secundaria en el delito de Transporte de estupefacientes agravado por la intervención organizada de tres o más personas, (art. 5º, inc. “C” y 11, inc. “C” de la ley 23.737), por el cual fue condenada Cano.

Por último, la defensa oficial también solicita se resuelva la cuestión sin reenvío, el planteo tampoco será favorablemente acogido. Ello así, por cuanto este tribunal se ve impedido de resolver el punto, y subsanar la omisión que se ha advertido, atento a la falta de audiencia de visu y a que la imposición desde aquí no consultaría el principio de

inmediación.

En virtud de lo expuesto, propicio hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial, y en consecuencia anular el pronunciamiento recurrido, sólo en cuanto a la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta, reenviando al tribunal de origen a los efectos de que, por quien corresponda, se subsane la omisión apuntada, sin costas. Tal es mi voto.

El señor juez **doctor Alejandro W. Slokar** dijo:

Adhiero al voto que antecede y emito el mio en igual sentido.

En mérito al resultado arribado en la votación que antecede el Tribunal **RESUELVE**:

HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto por la defensa pública oficial, sin costas; **ANULAR** el pronunciamiento recurrido, sólo en cuanto a la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta; **REENVIAR** al tribunal de origen a los efectos de que, por quien corresponda, se subsane la omisión apuntada (arts. 470, 471, 530 y concordantes del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 400, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación en función del art. 469, tercer párrafo, del mismo ordenamiento legal y cúmplase con la remisión ordenada sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Fdo.: Dres. Liliana E. Catucci, Pedro R. David y Alejandro W. Slokar. Ante mí: María Jimena Monsalve (Sec. de Cámara).