

REGISTRO Nro.: 18644

///la Ciudad de Buenos Aires, a los 9 días del mes de junio del año dos mil once, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Guillermo J. Yacobucci como Presidente y los doctores W. Gustavo Mitchell y Luis M. García como Vocales, asistidos por el Prosecretario Letrado de la C.S.J.N., doctor Gustavo J. Alterini, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la resolución de fs. 112/113 vta. de la causa n° 11.846 del registro de esta Sala, caratulada: "Cuello, Walter Marcelo s/ recurso de casación", representado el Ministerio Público Fiscal por el doctor Pedro Narvaiz y la Defensa Pública Oficial por la doctora Laura Beatriz Pollastri.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Guillermo J. Yacobucci y en segundo y tercer lugar los doctores W. Gustavo Mitchell y Luis M. García, respectivamente.

El señor juez doctor **Guillermo J. Yacobucci** dijo:

-I-

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal N° 15 de la Capital Federal resolvió no hacer lugar al pedido de promoción al período de prueba del condenado Walter Marcelo Cuello y, asimismo, no hacer lugar al beneficio de salidas transitorias por él solicitado.

Contra dicho decisorio, la defensa interpuso recurso de casación a fs. 132/148 vta., el que concedido a fs. 152/vta., fue mantenido en esta instancia a fs. 165.

2º) Que la defensa indicó que, a la hora de resolver, el Tribunal tuvo en cuenta que si bien cumplía el condenado con los requisitos de llevar detenido la

mitad de la pena impuesta, no registrar causas abiertas o condenas pendientes, él no contaba con un informe favorable por parte del Consejo Correccional de la unidad en que se aloja, para acceder al beneficio pretendido.

En ese sentido, la recurrente analizó la evolución del condenado desde el momento en que fue privado de su libertad y concluyó que *“Tal como surge del legajo, a lo largo de los años que Cuello lleva detenido ha evidenciado una notoria voluntad por superarse y cambiar el rumbo de su vida. Prueba de ello son las constancias agregadas a fs. 36/38, que demuestran el cambio en sus hábitos laborales.”* (fs. 142 vta.).

Recordó que su defendido *“...cuenta con la más alta calificación a la que se puede acceder en la unidad, no ha sido pasible de sanciones y lleva un año y cuatro meses en la Fase de Confianza... justamente la anterior al Período de Prueba... Y es su evolución favorable la que debió resaltar la División Servicio de Procesados, pues ese es el objetivo del informe que debe elevar al Tribunal.”* (fs. 143).

En efecto, sostuvo que *“...la remisión general de carácter abstracto que el Tribunal ha efectuado al informe emanado de las autoridades penitenciarias, sin indagar qué aspecto puntual de la situación del condenado está siendo valorada por estos, no permite sostener (como lo hace el Tribunal) que el mismo pueda brindar el debido sustento lógico a la resolución que ha sido emitida invocándolos.”* (fs. 144).

Asimismo, se agravó ya que *“...el tiempo que ha demorado V.E. en tomar una resolución en este incidente, provocó un perjuicio de irreparable solución ulterior...Y esta excesiva demora evidentemente ha perjudicado a mi mandante, quien ha debido soportar la incertidumbre a lo largo de todo este tiempo.”* (fs. 146/vta.).

En último término, señaló que los dichos del *a quo*, en punto a que conforme el inciso 4to. del art. 56 bis del Capítulo II bis de la Ley 24.660, el condenado no podría acceder al beneficio en virtud de los delitos cometidos -en el

caso, homicidio en ocasión de robo-, no son aplicables a la presente causa. Ello así ya que "...la condena a la que se hace referencia fue dictada por el propio Tribunal Oral n° 15 el 22 de diciembre de 2003, cuyos fundamentos fueron leídos el 3 de febrero de 2004" y "...la ley 25.948 que introdujo esta modificación entró en vigencia con posterioridad a la condena de Cuello, debido a que fue publicada en el boletín oficial el 12 de noviembre de 2004." (fs. 147 vta.).

3º) Que, durante el plazo del art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación y en la oportunidad del art. 466 *ibidem*, la Defensora Pública Oficial ante esta Cámara presentó el escrito obrante a fs. 234/235, solicitando se haga lugar al recurso interpuesto.

4º) Que se dejó debida constancia de haberse realizado la audiencia prevista en el art. 465 bis del Código Procesal Penal de la Nación.

-II-

Llegadas las actuaciones a este Tribunal, estimo que el recurso de casación interpuesto es formalmente admisible teniendo en cuenta lo normado en el art. 456, incisos 1º, del Código Procesal Penal de la Nación, toda vez que del estudio de la cuestión sometida a inspección jurisdiccional surge que el impugnante invocó la errónea aplicación de la ley sustantiva y el escrito presentado cumple los recaudos previstos en el art. 463 del código ritual.

Por lo demás, el pronunciamiento mencionado es recurrible en virtud de lo dispuesto por los arts. 490 y 491, 2º párrafo del C.P.P.N.

-III-

En primer lugar, cabe recordar la doctrina en virtud de la cual el Tribunal debe resolver a la luz de las circunstancias presentes al momento de la decisión del recurso y no a las que imperaban al tiempo de su interposición. En tal sentido, entiendo que las circunstancias han variado toda vez que, conforme surge del Acta N° 89/10 de la Unidad 4 del S.P.F agregada a fs. 178/179 de fecha 25 de

junio de 2010, el condenado se encuentra ya incorporado al período de prueba - con dictamen favorable para la incorporación al régimen de salidas trasitorias- y por esta razón considero que resulta inoficioso el examen de los agravios en este sentido.

Ahora bien, adentrándome en el segundo motivo de agravio, la defensa pretende la revisión del fallo con fundamento en la aplicación del principio de ley penal más benigna. Éste ha adquirido rango constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional) en virtud de su reconocimiento en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos integrados a nuestro orden jurídico con esa naturaleza; entre ellos los arts. 9, 2º disposición de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 15, inc. 1º, 3º disposición del Pacto Internacional de Derechos Civiles, Sociales y Políticos (Fallos: 321:2160).

En su aplicación concreta y en lo que aquí interesa, el art. 2 del Código Penal establece que *“Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que existía al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna. Si durante la condena se dictare una ley más benigna, la pena se limitara a la establecida por esa ley...”*.

La doctrina nacional ha interpretado históricamente que la noción de “ley” a la que remite el principio cuya aplicación se reclama, integra no sólo las modificaciones que se refieren al supuesto de hecho, la figura delictiva y sus consecuencias jurídicas, sino también las *“condiciones de aplicabilidad de ésta”* entre las cuales ha incluido, por ejemplo, el régimen de prescripción (Cfr. Sebastián Soler, “Derecho Penal Argentino”, 3ª edición, T.I., TEA, 1973, pág.186).

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el precedente “Arancibia Clavel” (Fallos: 327:3312), ha entendido que *“El rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho, las llamadas leyes ex post facto, que impliquen un empeoramiento de las condiciones de los encausados ha constituido doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la Corte. (cfr. considerando N° 19 del voto de la mayoría).*

En tal sentido, considero que en el presente caso debemos analizar la operatividad del principio de legalidad penal al instituto de salidas transitorias toda vez que éste se encuentra vinculado al cumplimiento de la pena.

Nos encontramos frente a un supuesto de ultraactividad en el que la ley hoy derogada (Ley 24.600 de Ejecución de Pena Privativa de la Libertad, en su original redacción, publicada en el B.O. el 16 de julio de 1996) debe ser aplicada al condenado ya que, siendo la ley vigente al momento del hecho imputado y de dictarse la condena, es la que mejor se compadece con la pauta fijada en el art. 2° del C.P.

Al respecto, se dice sobre dicho artículo que "*...importa reconocer no solamente la retroactividad de la nueva ley más benigna, sino también la ultraactividad de la ley anterior más benigna, quedando el principio general de la irretroactividad de la ley penal, contenido en el art. 18 de la C.N., interpretado en el sentido de que él se refiere solamente a la inaplicabilidad de una ley más gravosa, posterior a la comisión del hecho.*" (cfr. Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo I, 5° ed., Tea, Bs. As., 1989, pág. 249).

Como bien surge de las constancias de la causa (que en este punto remiten a la causa principal), el día 6 de octubre de 2008 Walter Marcelo Cuello fue condenado a la pena única de veintitrés años y seis meses de prisión, comprensiva de la recaída en la causa n° 1576 del registro del T.O.C. n° 15 por sentencia firme del 3 de febrero de 2004 donde fue condenado a la pena única de veintidós años de prisión, comprensiva de la de veintiún años de prisión por ser coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de armas en concurso real con el delito de homicidio en ocasión de robo y de la pena de cinco años de prisión recaída en la causa n° 450 del T.O.C. n° 20 de esta ciudad por sentencia firme de fecha 5 de febrero de 1998 por ser autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de armas- declarándose lo reincidente- y de la de tres años de prisión en la causa n° 1586 del T.O.C. n° 15 de fecha 1 de abril de 2004 por resultar penalmente responsable del delito de privación ilegal de la libertad agravada por ser con violencia y amenazas-

manteniéndose la declaración de reincidente- (cfr. fs. 112, el subrayado me pertenece).

Entonces, mal puede aplicársele la limitación contenida en el artículo 56 bis de la ley 24.660 (incluido por el art. 1° de la ley 25.948, publicado por el B.O. el 12 de noviembre de 2004) toda vez que esta reforma al régimen de ejecución de las penas privativas de la libertad es más gravosa -en tanto restringe la posibilidad de ser incluido dentro del beneficio de salidas transitorias, entre otros, al condenado por homicidio en ocasión de robo- que la vigente al momento de dictarse la sentencia condenatoria el día 3 de febrero de 2004.

-IV-

Por todo lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Walter Marcelo Cuello a fs. 132/148 vta., anular la sentencia de fs. 112/113 vta. y remitir la presente causa para que dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo arriba señalado, sin costas (arts. 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

El señor juez doctor **W. Gustavo Mitchell** dijo:

Que adhiere al voto del doctor Yacobucci y emite el suyo en igual sentido.

El señor juez doctor **Luis M. García** dijo:

-I-

Entiendo que el recurso de casación es admisible, y por las razones que expondré, concuerdo con la solución que se propone en el primer voto.

-II-

El principio de legalidad e irretroactividad de la ley penal más

gravosa rige también la etapa de la ejecución de la pena. Según se ha dicho *"El principio implica que las penas deben ejecutarse del modo previsto en la normas vigentes antes de la comisión del hecho ilícito que justifica la condena. Es claro que el principio de legalidad previsto constitucionalmente (CN, art. 18) no sólo exige una definición respecto a la duración de la pena (condición que en nuestro sistema se cumple con la previsión de las escalas penales establecidas en los distintos artículos de la parte especial del Código Penal⁹, sino también una regulación legal de las condiciones de cumplimiento de las penas en general (régimen penitenciario, derechos, obligaciones, etc.)"* (confr. RIVERA BEIRAS Iñaki y SALT, Marcos Gabriel, *Los Derechos Fundamentales de los reclusos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1999, p. 199).

En el caso de autos, y tal como surge de la resolución recurrida, con fecha 6 de octubre de 2008, Walter Marcelo Cuello, fue condenado a la pena única de veintitrés años y seis meses de prisión, comprensiva de la recaída en la causa n° 1576 del registro del T.O.C. n° 15 por sentencia firme del 3 de febrero de 2004 donde había sido condenado a la pena única de veintidós años de prisión, a su vez comprensiva de la de veintiún años de prisión que se le había impuesto por ser coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por el uso de armas en concurso real con el delito de homicidio en ocasión de robo y de la pena de cinco años de prisión recaída en la causa n° 450 del T.O.C. n° 20 de esta ciudad por sentencia firme de fecha 5 de febrero de 1998 por ser autor penalmente responsable del delito de robo calificado por el uso de armas- declarándose lo reincidente- y de la de tres años de prisión en la causa n° 1586 del T.O.C. n° 15 de fecha 1 de abril de 2004 por resultar penalmente responsable del delito de privación ilegal de la libertad agravada por ser con violencia y amenazas- manteniéndose la declaración de reincidente- (cfr. fs. 112).

Así surge que Walter Marcelo Cuello fue condenado por el delito de homicidio en ocasión de robo cometido en fecha anterior a la publicación en el Boletín Oficial de la ley 25.948 (12 de noviembre de 2004) que incorporó a la ley 24.660 el artículo 56 bis que introdujo excepciones a las modalidades básicas de la ejecución de la pena privativa de libertad, en tanto los condenados por el delito

previsto en el art. 165 C.P. no podrán ser incluidos en el régimen de salidas transitorias.

De lo expuesto, surge que no puede oponerse a la pretensión de que se incluya al condenado en el régimen de salidas transitorias una disposición legal inexistente al momento de comisión del hecho, porque es prohibida la aplicación retroactiva de la nueva ley es más gravosa para el condenado, y corresponde estar a la ley vigente al momento del hecho (ver en similar sentido causa n° 12.551 “Vega, Heriberto s/recurso de casación”, rta. 14/4/2010. reg. n° 15.686 de la Sala I de esta Cámara; y D’ALESSIO, Andrés J. (Dir.), *Código Penal de la Nación*, 2ª edic., La Ley, Buenos Aires, 2010, tomo III, p. 1315).

-III-

Por estas razones, concuerdo con el juez que ha votado en primer término en que el a quo ha errado al oponer como obstáculo a la pretensión del condenado la limitación contenida en el art. 56 bis de la ley 24.660. y también con las razones por las que concluye en que corresponde hacer lugar al recurso de casación interpuesto, anular la resolución de fs. 112/113 vta., y mandar dictar un nuevo pronunciamiento, sin costas (art. 471 C.P.P.N.).

Tal es mi voto.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE:** Hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de Walter Marcelo Cuello a fs. 132/148 vta., anular la sentencia de fs. 112/113 vta. y remitir la presente causa para que dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo arriba señalado, sin costas (arts. 471, 530 y concordantes del C.P.P.N.).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 400, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación en función del artículo 469, tercer párrafo, del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Fdo.: Guillermo J. Yacobucci -Luis M. García - W. Gustavo Mitchell. Ante mí:
Gustavo J. Alterini, Prosecretario Letrado CSJN