

Reg. n° 190/2016

///n la ciudad de Buenos Aires, a los 21 días del mes de marzo de 2016, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis Fernando Niño, Eugenio Sarrabayrouse y Daniel Morin, asistidos por la secretaria actuante, Paula Gorsd, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 1726/1731, en este proceso n° **CCC 12616/2010/TO1/2/CNC1**, caratulado “L., E. A. s/ homicidio simple”, del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 26 de esta ciudad, por sentencia del 16 de junio de 2015, resolvió:

1. Dictar sentencia única, y condenar en definitiva a E. A. L., por considerarlo autor penalmente responsable de los delitos de robo agravado por haber sido cometido con armas en grado de tentativa en concurso real con el delito de homicidio –tres hechos que concurren en forma real entre sí– (hechos de la causa n° 3332 de este Tribunal), y rapto con concurso real con abuso sexual con acceso carnal (hechos de la causa N° 2981 del Tribunal en lo Criminal n° 4 del Departamento Judicial de San Martín); todos los cuales concurren en forma real entre sí, a la pena de treinta y cinco años de prisión, accesorias legales, y al pago de las costas del proceso (arts. 5, 12, 29 inc. 3°, 42, 44, 45, 55, 79, 119, párrafo 1° y 3°, 130 párrafo 1° y 166 inc. 2° del Código Penal).

2. Declarar que el presente pronunciamiento, incluye los hechos juzgados en los fallos dictados en la causa n° 3332 de este Tribunal Oral

en lo Criminal n° 26 y en la causa n° 2981 del Tribunal en lo Criminal n° 4 del Departamento Judicial de San Martín, los cuales en este acto quedan sin efecto, a excepción de los puntos dispositivos I, II, IV, VI y VII del veredicto de fs. 999 de la presente causa 3332 (arts. 55 y 58 del Código Penal).

3. Mantener la declaración de reincidencia declarada respecto de E. A. L. (art. 50 C.P.).

II. Contra la sentencia condenatoria, la defensa pública interpuso recurso de casación (fs. 1726/1731), remedio procesal que fue concedido a fs. 1732 por el tribunal de juicio.

III. Posteriormente, se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuyos integrantes decidieron otorgar al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación.

En función de la oportunidad prevista en el art. 465, cuarto párrafo y 466 del digesto ritual, la defensa se presentó en término de oficina (fs. 1743/1746) y amplió los fundamentos consignados en el recurso de casación respectivo.

IV. El 1 de febrero del corriente año se citó a las partes para el día 17 del mismo mes, con el objeto de celebrar la audiencia establecida en el art. 468 del CPPN, de lo cual se dejó constancia en el expediente.

La defensa del imputado no concurrió al aludido acto procesal y presentó las breves notas que obran fs. 1750/1753. Por su parte, la Fiscalía General –en la voz del Dr. Leonardo Phillipini-, mantuvo la postura de ese ministerio y amplió el elenco de motivos para contrarrestar los argumentos del recurrente en lo atinente al tope punitivo legal vigente en el ordenamiento jurídico argentino.

V. Tras la deliberación que tuvo lugar luego de finalizada la audiencia, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se pasan a exponer.

CONSIDERANDO:

El juez Luis Fernando Niño dijo:

I. Llega a conocimiento de esta Cámara el recurso de casación interpuesto por la defensa de E. A. L. contra la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal n° 26, que lo condenó a la pena única de treinta y cinco años de prisión, accesorias legales y costas.

Tal pronunciamiento tuvo lugar en función de que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 del Departamento Judicial de San Martín, en franca violación a las disposiciones contenidas en los arts. 55 y 58 del Código Penal –con posterioridad a la sentencia dictada por el colegiado nacional– condenó al nombrado a la pena de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, más declaración de reincidencia, por la comisión de hechos ocurridos con anterioridad a los probados en las presentes actuaciones.

Al momento de tener que justipreciar la pena, el *a quo* tuvo en cuenta para su valoración la *“naturaleza, modalidad y consecuencias de los hechos dados por ciertos; la edad de las víctimas y las circunstancias en que se produjeron los hechos; la edad del imputado; su instrucción; los datos que surgen de los informes psiquiátricos y del informe socio ambiental; y las demás pautas de mensuración contenidas en el art. 41 del Código Penal; elementos que, a su vez, fueron tenidos en cuenta al momento de adecuar la sanción a imponer cuando se dictó sentencia en esta causa”* (sic).

II. El recurrente, tanto en su recurso de casación como en la presentación interpuesta en el término de oficina y en las breves notas, articuló dos mociones de impugnación, cifradas en demostrar la errónea aplicación de la ley sustantiva y la arbitraria mensuración de la pena por parte del tribunal oral (art 456 incs. 1° y 2° del digesto ritual).

a) En lo que importa al primer motivo de agravio, indicó que el Tribunal Oral impuso una pena que supera el máximo legal.

Para ello, y luego de hacer propios los argumentos del doctor Zaffaroni en su artículo titulado *“El máximo de la pena de prisión en el derecho vigente”*, hizo referencia a que la ley 26.200 introdujo en nuestra

legislación penal figuras delictivas del Estatuto de Roma, que por registrar un tope sancionatorio máximo de treinta años de prisión resultan ser aquellas que albergan el mayor contenido de injusto de todo el ordenamiento jurídico vigente, en función de tutelar la vida humana masivamente considerada.

En esa inteligencia y reproduciendo los argumentos emitidos en el voto disidente del fallo “Estévez”, suscrito por el jurista de mención en su calidad de ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN Fallos 333:866, causa E.519.XLI, rto. 8/06/10), destacó que no caben dudas acerca de la incompatibilidad existente entre la ley 26.200 y sendas leyes reformadoras del Código Penal (25.892 y 25.928); debiendo concluirse que la sancionada en último término deroga las disposiciones de las anteriores, que resulten incompatibles con sus alcances. Ello en tanto no puede considerarse que un crimen de lesa humanidad pueda tener una pena inferior a la de un delito ordinario, conjetura que luce irrazonable y vulnera, asimismo, el principio de culpabilidad por el acto al momento de realizar el juicio de mensuración de la pena.

En definitiva, el recurrente alegó que la decisión adoptada por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 26 resulta contraria a los parámetros señalados, debiéndose casar la sentencia de fs. 1719/1720 en lo que respecta al máximo de pena y aplicarse una sanción que no supere los treinta años de prisión.

Ya en el marco de la audiencia celebrada ante esta Cámara, el Sr. Fiscal, Dr. Leonardo Phillipini, se opuso a la petición de la defensa, argumentando, por un lado, que el Estatuto de Roma contempla como sanciones de mayor gravedad penas de prisión perpetua y, por otro, que sus disposiciones se aplican exclusivamente cuando exista jurisdicción de la Corte Penal Internacional, de conformidad con el art. 2 de ese cuerpo de normas.

b) En relación al segundo motivo de agravio, la defensa impetró que la resolución recurrida no ha sido adecuadamente fundada en lo que refiere a la mensuración de la pena impuesta, deviniendo nula en este

aspecto por incumplimiento de los mandatos impuestos en los arts. 123 y 404 inc. 2º, CPP, conforme lo dispuesto en el art. 456 inc. 2º de ese compendio normativo.

En efecto, alegó que en el caso bajo análisis el *a quo* hizo caso omiso al pedido del recurrente para que se aplicara una pena única no superior a los treinta años de prisión; y que, siguiendo la línea de pensamiento del jurista y ex magistrado de referencia, cuadra considerar el presente caso como un supuesto de unificación de condenas, extremo que importaría la desaparición de los efectos de anteriores pronunciamientos. Concluyó, pues, que ninguna duda cabe en cuanto a que, de haber sido juzgados los distintos hechos por un mismo tribunal, la sanción impuesta no habría superado el máximo legal regulado en la ley 26.200.

Seguidamente, hizo alusión a que el fallo no delimitó las circunstancias agravantes de las atenuantes, por lo que se observaría una simple enumeración de cuestiones carentes de distinciones específicas sin explicarse la incidencia de cada una en la escala penal seleccionada, de modo de permitir el control sobre su razonabilidad y proporcionalidad.

En último lugar, destacó que no se realizó la audiencia *de visu* prevista en el artículo 41 última parte del Código Penal, como acto previo a expedirse el Tribunal en los términos del art. 58, CP, motivo por el cual los jueces del tribunal sentenciante no tuvieron la posibilidad de comprobar cuál era la situación personal de L. en la actualidad, en tanto, el último contacto que tuvieron con el nombrado data del mes de diciembre de 2011.

Ese punto de discusión mereció especial desarrollo en las breves notas presentadas por el Dr. Richiello (fs. 1750/1753), oportunidad en la que agregó que uno de los magistrados –el juez Fernández– no conoce personalmente al imputado, habida cuenta de que no integró la composición del tribunal que, por entonces, emitió el primer

pronunciamiento de condena, hace aproximadamente cinco años a esta fecha.

Dio cuenta, además, de que la exigencia de recibir al interesado con antelación a la cuantificación de la pena responde, no a un mero trámite de contacto visual, sino a un interrogatorio o intercambio personal sobre aspectos de la vida del individuo, en tanto la privación de la libertad se aplica en tiempo real, cronológico y biológico, como un dato óptico innegable que, al perseguir la finalidad preventivo especial, no puede desatender la correcta y actual individualización del sujeto y el conocimiento de su problemática, sus inquietudes, anhelos y expectativas actuales; todo lo cual se ha soslayado en el caso al suplirlo –al menos dos de los vocales– con una entrevista muy pretérita.

III. Reordenando los diversos agravios planteados, y tomando en debida consideración los argumentos del representante del Ministerio Público Fiscal en orden a validar la resolución impugnada, considero que lleva razón la defensa al solicitar la anulación de la sentencia recurrida habida cuenta de que su pronunciamiento fue llevado a cabo en franca omisión a la letra del art. 41, inciso 2º, *in fine* del Código Penal del digesto material, extremo que importa, por sí solo, causal suficiente de nulidad, por inobservancia de las normas procesales vigentes (arts. 456 inc. 2º y 167 inc. 2º, CPPN).

Es prudente recordar que *“esta disposición [art. 41, CP] posee una doble función, de naturaleza material y procesal. En cuanto a la primera, obliga al juez a tomar conocimiento de la proyección o dinámica del conflicto al momento de cuantificar la pena en la sentencia y no solo como había quedado fijado al momento de la tipicidad, siendo particularmente significativo a este respecto que le imponga el conocimiento directo de la víctima. En lo procesal, **garantiza que el procesado tenga la última palabra en el proceso, y además impone un mínimo de contacto inmediato del procesado con el juez, cualquiera sea la forma en que el proceso se regule en las respectivas legislaciones provinciales**”* (Zaffaroni, Alagia, Slokar, “Derecho Penal, parte general”, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 999, el destacado me pertenece).

Tal y como lo apuntó la defensa, del cotejo de las actuaciones no surgen constancias que den cuenta de la celebración de la audiencia *de visu* como paso previo a fijar la nueva sanción penal en cabeza del justiciable por parte de los tres magistrados sentenciantes, acto procesal de innegable necesidad para poder garantizar al imputado el derecho a ser oído por la respectiva autoridad jurisdiccional (arts. 14.1 del P.I.D.C.P. y 8.1, C.A.D.H).

Aquella exigencia, por cierto, ha logrado renovado reconocimiento a partir del precedente “Maldonado”¹, oportunidad en la que se fijó como pauta *“la necesidad de tomar conocimiento de visu del condenado antes de determinar la pena”*, en tanto *“se trata de una regla claramente destinada a garantizar el derecho del condenado a ser oído antes de que se lo condene, así como a asegurar que una decisión de esta trascendencia no sea tomada por los tribunales sin un mínimo de inmediación. Desde el punto de vista de la ley penal de fondo, una pena dictada sin escuchar lo que tiene que decir al respecto el condenado no puede considerarse bien determinada”*.

En este orden de ideas, tener por suplida la entrevista personal entre los sentenciantes y el imputado mediante la remisión al momento en que fue interrogado por su primera condena ante esta jurisdicción no puede ser sostenido como pauta válida para evitar trasgredir los principios de inmediación y el derecho a ser oído, en función de que *“pasado tanto tiempo, la supuesta ‘peligrosidad’ extraída solamente de la modalidad del hecho, queda sin fundamento subjetivo, por lo que no es posible trasladar tal valoración a su actual situación, de la que nada se sabe -más allá de la nueva condena- teniendo en cuenta la cambiante evolución del ser humano”* (del dictamen del Procurador General en el precedente “Garrone”, citado); pues deviene necesario para cumplir con las finalidades preventivo-especiales que enumera la ley 24.660, en su artículo primero, contar con un conocimiento actual del encausado, no sólo en lo que respecta a sus

¹ “Maldonado, Daniel” (CSJN, Fallos, 328:4343, emitido el 7.12.05 –considerandos 18 y 19-). Con posterioridad, el máximo tribunal de la Nación mantuvo ese canon en los fallos “Garrone, Angel” (CSJN, Fallos, 330:393, emitido el 6.3.07) y “Niz, Rosa Andrea” (N.132.XLV, emitido el 15.6.10), en los que se remitió a los respectivos dictámenes del Procurador General de la Nación.

condiciones de vida, sino también en orden a evaluar el impacto que en su personalidad haya tenido –en su caso– el tratamiento penitenciario.

A ello se agrega, como lo apuntó el Dr. Richiello en las breves notas presentadas ante esta Cámara, que –en rigor– el pleno del tribunal sentenciante no tuvo contacto directo con el acusado. En efecto, conforme surge del cotejo de las actuaciones, el juez Eduardo C. Fernández no integró la conformación del tribunal que aplicó el primer pronunciamiento de condena (cfr. 1003/1031), motivo por el cual, lógicamente, no contó con la impresión personal del incuso para graduar la pena que aquí se cuestiona, vulnerándose de ese modo *“la obligatoriedad de la inmediación sustentada en la necesidad de que no haya penados que ignoren al juez que los juzgó”* (D’ALESSIO, Andrés José; “Código Penal de la Nación – Comentado y Anotado, Tomo I”; Ed. La Ley; Buenos Aires; 2011; pag. 657, con cita de Pitlevnik).

IV. Sólo resta aclarar que la necesidad de realizar la audiencia *de visu* a efectos de cuantificar la sanción, sólo podría obviarse en aquellos supuestos en los que el sistema penal aplicare el monto mínimo regulado para los tipos penales en danza, tal como supo predicarse en el seno del máximo Tribunal de la Nación en los precedentes “Argul”² y “Tejerina”³, casos en los cuales, sin reenvío, se postuló fijar ese quantum punitivo omitiendo el contacto personal con el imputado.

Sentada tal postura, los agravios que atacan la sentencia alegando la arbitraria mensuración de la pena impuesta por deficiencias en su fundamentación y la errónea aplicación de la ley sustantiva en función del máximo de pena posible a imponer conforme la legislación vigente, quedan obliterados en su tratamiento hasta tanto se cumpla con las previsiones del art. 41 *in fine*, CPPN y se produzca un nuevo pronunciamiento conforme a derecho.

Tales motivos, propongo al acuerdo casar la sentencia, anularla en función de la inobservancia antes mencionada y remitir las actuaciones a la Cámara Federal de Casación Penal con el objeto de que desinsacule un

² CSJN, “Argul, Nicolás” (A. 984. XLI del 18.12.2007). Voto en disidencia del juez Zaffaroni.

³ CSJN “Tejerina, Romina” (T. 228. XLIII del 8.4.2008) Voto en disidencia del juez Maqueda.

nuevo órgano colegiado que deberá cumplir los lineamientos aquí dispuestos, sin costas (173, 404 inc. 2º, 455, 456 inc. 2º, 471, 530 y 531, CPPN).

El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:

Adherimos, en lo sustancial, a los argumentos expuestos en los puntos I a III y a la solución propugnada en el voto del colega Niño.

El juez Daniel Morin dijo:

Adhiero en lo sustancial al voto del juez Niño, así como a la solución propiciada.

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

HACER LUGAR al recurso interpuesto por la defensa oficial (fs. 1726/1731), **ANULAR** la resolución recurrida y **REMITIR** las actuaciones a la Cámara Federal de Casación Penal con el objeto de que desinsacule un nuevo órgano colegiado que deberá cumplir los lineamientos aquí dispuestos, sin costas (173, 404 inc. 2º, 455, 456 inc. 2º, 471, 530 y 531, CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; LEX 100) y remítase a la Cámara Federal de Casación Penal para que realice el sorteo de estilo, sirviendo la presente de atenta nota de envío.

Luis Fernando
Niño

Daniel Emilio Morin

Eugenio c.
Sarrabayrouse

Paula Gorsd
Secretaria de cámara