

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 500000925/2010/TO1/CNC1

Reg. n° 702/2016

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 12 días del mes de septiembre de 2016, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los señores jueces doctores Horacio L. Días, Luis F. Niño y Mario Magariños, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a los efectos de resolver los recursos de casación interpuestos a fs. 316/329 y 336/347, en este proceso n° CCC 500000925/2010/TO1/CNC1, caratulado: “P. P. A. y otro s/robo con efracción”, del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral de Menores n° 3 de esta ciudad, con fecha 24 de junio de 2015, resolvió, en lo pertinente: “1) RECHAZAR EL PLANTEO de INCONSTITUCIONALIDAD del art. 41 quater del CP, interpuesto por el Dr. Emilio Salgueiro Almeida 2) CONDENAR a V. A. C. V... a la pena de CUATRO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, por considerarlo coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública, agravado a su vez por haber sido cometido con un menor de dieciocho años (arts. 12, 29 inc. 3°, 41 quater, 45 y 167 inc. 4° en función del 163 inc. 6° del CP)... 7) DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE A P. A. P. ... por considerarlo coautor del delito de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública -causa n° 6406- (arts. 45 y 167 inc. 4° en función del 163 inc. 6° del C.P) ... 8) DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE A P. A. P. ... por considerarlo coautor del delito de robo agravado por haber sido cometido con armas -causa n° 6075- (arts. 45, 166 inc. 2° C.P). 9) DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE A P. A. P. ... por considerarlo coautor del delito de encubrimiento agravado por haber recibido cosas o efectos provenientes de un ilícito, con conocimiento de su origen espurio y con ánimo de lucro -causa n° 6212- (arts. 45, 277 inc. 1° b, inc. 2° y 3°, apartado b, del C.P) 10) DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE A P. A. P. ... por considerarlo coautor del delito de robo simple en grado de tentativa -causa n° 6133- (arts. 42, 44, 45 y 164 del C.P). 11) DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE A P. A. P. ... por considerarlo autor del delito de encubrimiento

agravado por haber sido cometido con ánimo de lucro -causa n° 6461- (arts. 45, 277 inc. 1° c. e inc. 3°, apartado b., del C.P) 12) DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE A P. A. P. ... por considerarlo coautor del delito de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa -causa n° 6261- (arts. 42, 44, 45, 167 inc. 4° en función del art. 163 inciso 6° del C.P). 13) - DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE A P. A. P. ... por considerarlo coautor del delito de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa -causa n° 6165- (arts. 42, 44, 45, 167 inc. 4° en función del art. 163 inciso 6° del C.P) 14) - DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE A. A. P. ... por considerarlo autor de los delitos de hurto de automotor dejado en la vía pública en concurso real con encubrimiento agravado por haber sido cometido con ánimo de lucro en concurso real con supresión de la numeración de un objeto registrable -causa n° 7022- (arts. 45, 55, 163 inc. 6°, 277 inc. 1° c. y 3° b. y 289 inc. 3° del C.P)”.

A su vez, el 8 de julio de 2015 el mismo tribunal resolvió:
“1) CONDENAR a P. A. P. ... a la PENA DE SIETE AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, en orden al delito de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública -causa 6406- y por los delitos de robo agravado por haber sido cometido con armas -causa n° 6075-, encubrimiento agravado por haber recibido cosas o efectos provenientes de un ilícito, con conocimiento de su origen espurio y con ánimo de lucro -causa n°6212-, robo simple en grado de tentativa -causa n° 6133-, encubrimiento agravado por haber sido cometido con ánimo de lucro -causa n° 6461-, robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa -causa n° 6261-, robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa -causa n° 6165-, hurto de automotor dejado en la vía pública en concurso real con encubrimiento agravado por haber sido cometido con ánimo de lucro en concurso real con supresión de la numeración de un objeto registrable - causa n° 7022-, todos ellos en concurso real entre sí, por los que fuera declarado penalmente responsable con fecha 17 de junio de 2015. A dicha sanción se arribó luego de aplicar la reducción prevista en el art. 4 de la ley 22.278. (Arts. 12, 29 inc. 3, 42, 45, 55, 163 inc. 6°, 164, 166 inc. 2°, 167 inc. 4° en función del 163 inciso 6°, 277 incisos 1° b. y c., 2° y 3° b., 289 inciso 3° del CP, y artículo 4° de la ley 22.278). 2) CONDENAR a P. A. P. ... a la PENA ÚNICA DE OCHO

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 500000925/2010/TO1/CNC1

AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, comprensiva de la pena de siete años y tres meses de prisión, accesorias legales y costas impuesta en el punto dispositivo 1) y la pena única de cinco años de prisión, accesorias legales y costas impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 en las causas n° 3822/4395, que a su vez comprende la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas y la pena de tres años de prisión en suspenso y costas impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 de La Matanza en el marco de la causa n° 4832, cuya condicionalidad se revocó (art. 58 del C.P)”.

II. Contra la primera decisión, el defensor de V. A. C. V., doctor Emilio Salgueiro Almeida, interpuso recurso de casación a fs. 316/329, que fue concedido por el *a quo* a fs. 350/2 y mantenido a fs. 361.

Por su parte, contra la resolución del 8/7/15, el defensor de P. A. P., doctor Damián Muñoz, a cargo de la Defensoría Pública Oficial nro. 2 ante los Tribunales Orales de Menores, interpuso recurso de casación a fs. 336/347, que fue concedido por el *a quo* a fs. 350/2 y mantenido a fs. 359.

Las partes recurrentes encauzaron sus agravios por vía de ambos incisos del artículo 456 CPPN.

Concretamente, el abogado de V. A. C. V. planteó:

a) errónea valoración de la prueba vinculada a la participación del acusado en el suceso por el cual resultó condenado, pues se sostiene en afirmaciones dogmáticas y no en los elementos de prueba colectados en el sumario. En subsidio, solicitó que su intervención se califique como secundaria y “con la limitación que prevé el art. 47 de la ley de fondo” (ver fs. 321vta);

b) inconstitucionalidad del artículo 41 *quater* del Código Penal por considerar que “agrava las condiciones de detención de C. V., vulnera el principio de razonabilidad e igualdad ante la Ley. Asimismo ... vulnera e injuria las garantías del debido proceso. El criticado artículo agrava la pena injustamente al Sr. C. V. por solo estar en compañía de un menor (P.), que en este caso la escasa diferencia de edad y el rol protagónico que el menor tuvo de ninguna manera se le puede aplicar este artículo a C. V. .. El gravamen y lo injurioso está en que solamente se le agrava la pena por estar en compañía del menor, violando así el principio de congruencia y de razón suficiente entre otros” (cfr. fs. 324/5);

c) nulidad del debate por afectación al derecho de defensa en juicio al no haberle sido permitida su filmación y,

d) en subsidio, desproporcionalidad de la pena impuesta por tratarse de un “*imputado primario, joven, con escasa instrucción*”.

Por su parte, la defensa de P. A. P. se agravió por:

a) afectación al principio acusatorio, al derecho de defensa, la garantía de imparcialidad y la prohibición de la *reformatio in pejus*.

b) errónea aplicación de la ley sustantiva por desconocimiento de los principios básicos en materia penal juvenil por una indebida construcción de la escala penal.

c) nulidad de la sentencia, pues luego del debate los jueces no resolvieron la situación de P., sino que designaron una audiencia oral a tal efecto, sin ofrecer su veredicto hasta pasados 10 días hábiles de su celebración.

III. La Sala de Turno de esta Cámara asignó a los recursos el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 363).

IV. En el término de oficina, previsto por los arts. 465, cuarto párrafo y 466 del C.P.P.N., se presentó el defensor oficial Claudio Martín Armando (a cargo de la Unidad de Actuación n° 1 ante esta sede) por la defensa de P. A. P., quien coincidió con la totalidad de los planteos formulados en el recurso. Destacó y amplió, a su vez, los aspectos que consideró relevantes para sostener las críticas dirigidas contra la resolución puesta en crisis y solicitó, en definitiva, que se haga lugar a la impugnación y se la sentencia impugnada (cfr. fs. 366/70).

V. A la audiencia celebrada en los términos de los arts. 465, quinto párrafo y 468 del ritual, comparecieron las partes recurrentes y la fiscalía (fs. 393).

Tras la deliberación que tuvo lugar luego de ese acto, se arribó a un acuerdo en los términos que seguidamente se exponen.

Y CONSIDERANDO:

El juez Horacio Leonardo Días dijo:

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 50000925/2010/TO1/CNC1

I. A poco más de diez años del precedente “Casal” de la CSJN, a partir del cual se le asignara a la impugnación casatoria, la función de satisfacer desde nuestro orden jurídico interno, el derecho al recurso contra la sentencia de condena que el Art. 8.2.h de la CADH le asegura al acusado, el punto en cuanto a la necesidad de una revisión amplia del fallo condenatorio, entiendo no merece mayor esfuerzo argumental, siendo claro que se debe revisar todo lo que se pueda, sin otro límite que el de la inmediación, el cual no hay que sobredimensionar.

En función de tales consideraciones, corresponde efectuar el examen de la fundamentación de la sentencia cuestionada en primer término por la defensa de V. C. V.

a) Según los hechos probados en la decisión recurrida *“el día 12 de agosto de 2010 entre las 2 y las 3 horas en la calle Cafayate n° 1496 P. y C. V., se apoderaron de un automóvil marca Fiat Duna, mediante una llave de automotor que portaban y ejerciendo fuerza en las cosas violentado la cerradura de la puerta delantera derecha y del baúl y una vez adentro del vehículo, cortaron una cadena que sujetaba el volante con un alicate y encendieron el automotor con la llave de otro vehículo –ver pericial de fs. 29/30- y se dieron a la fuga.”*

Los jueces actuantes consideraron que V. A. C. V. debía responder como coautor penalmente responsable del delito de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública y por haber sido cometido con un menor de dieciocho años (artículos 12, 29 inc. 3°, 41 quater, 45 y 167 inc. 4° en función del 163 inc. 6° del CP) y lo condenaron a la pena de cuatro años y seis meses de prisión.

A mi modo de ver, contrariamente a lo sostenido por la defensa, el tribunal ha tomado en cuenta de forma correcta todos los elementos de prueba producidos en el debate, y ha realizado un análisis integral que permite sostener, sin esfuerzo, la conclusión a la que se arribó.

Es determinante, entonces, para evaluar la participación que le cupo al acusado la declaración que prestó Luis Felipe Gómez, quien fue el agente policial que logró su detención mientras huían en el vehículo sustraído. Tal funcionario especialmente relató que en el piso del acompañante donde justamente se trasladaba C. V. secuestraron distintas

herramientas, entre ellas una pinza. En concreto, el resultado del procedimiento realizado para lograr la detención de ambos imputados (plasmado en el acta de fs. 6) especifica que se incautó “*una tijera color amarilla grande, una cadena con un candado y un eslabón cortado, un manojo de llaves de coche, una llave de coche colocada en el tambor de arranque*” en presencia de los testigos de actuación Enrique Roldán Arias y Eduardo Mac Cormick, quienes ratificaron su legalidad.

Por su parte, el informe pericial de fs. 29vta. especifica las características de los instrumentos hallados en poder del acusado, los cuales se evidencian aptos para lograr, por la fuerza, la apertura y arranque de un automotor como el que fuera denunciado como robado.

Entiendo, entonces, que la versión exculpatoria ofrecida por C. V. no puede encontrar algún tipo de asidero cuando quedó demostrado que en el piso del vehículo (delante del asiento en el cual éste se desplazaba) fueron halladas herramientas necesarias para lograr el cometido ilícito.

Mucho menos aun puede darse crédito al argumento de este defensor vinculado a que el joven P. P. lo habría pasado a buscar a C. el día de los acontecimientos a las 9 de la mañana “*y le dijo de ir a tomar algo*” cuando ambos resultaron detenidos a menos de 30 cuadras del lugar de los hechos y pocos minutos después de que fue advertida la ausencia del vehículo por su propietario.

Como adelanté, considero que el tribunal valoró acertadamente la participación que tuvo el condenado pues se pudo acreditar con el relato de la damnificada y el agente policial que intervino en el procedimiento la existencia de un plan común que demuestra a las claras que existió un co-dominio del hecho, conforme una división de roles previamente acordada.

De tal suerte, la defensa no logra conmover que, según lo probado en el juicio, fueron los dos acusados quienes ingresaron al rodado Fiat Duna dominio CFU-831 estacionado en Cafayate 1496 de esta ciudad, violentaron su cerradura con las herramientas que llevaban consigo y encendieron su motor con una de las llaves que a tales efectos portaban, logrando así apoderarse del vehículo.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 500000925/2010/TO1/CNC1

A mi modo de ver, entonces, luego de evaluar las declaraciones brindadas durante el juicio (ver acta de fs. 263/6), no advierto contradicciones ni fisuras lógicas en las expresiones de Claudia Teresa Folcini y Luis Felipe Gómez (las que se tuvieron por confiables y coherentes en orden a la reconstrucción del suceso). Sus relatos incluyen, a este respecto, explicaciones acerca del momento en que es advertida la sustracción del vehículo y cuando resultan detenidos los acusados a las pocas cuadras, permitiendo reconstruir, de ese modo, el camino que realizaron con el rodado sustraído.

Va de suyo que el escenario expuesto en forma precisa y contundente por tales testimonios evidencia una división de tareas entre los condenados para la ejecución del robo que descarta de lleno el argumento del defensor en punto a cuestionar la participación de V. A. C. V.

Por otro lado, merece destacarse que el tribunal de la instancia anterior ponderó de forma detallada tanto el testimonio decisivo de la damnificada y el preventor, como la prueba objetiva que logró recabarse en el proceso.

b) Si bien el segundo agravio al que hace referencia el defensor de C. V. estaría vinculado a cuestionar la constitucionalidad del artículo 41 quater del Código Penal lo cierto es que no logra explicar tal pretensión de momento en que todos los motivos por él expuestos hacen referencia a por qué tal condición de agravación no debe aplicarse en este caso concreto.

Al respecto, cabe recordar que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad constituye un acto de suma gravedad institucional, toda vez que las leyes dictadas de acuerdo con los mecanismos previstos por la Constitución Nacional gozan de una presunción de legitimidad que opera plenamente y que obliga a ejercer dicha atribución únicamente cuando la repugnancia de la norma con la cláusula constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos 226:688, 242:73, 300:241, entre otros).

En el caso particular, debe tenerse en cuenta que la defensa no ha alegado en qué sentido y con qué alcance las reglas en juego resultan

contrarias al texto de la Constitución Nacional o a los tratados internacionales con esa jerarquía (art. 75, inc. 22, *idem*) y de qué manera su aplicación concreta afecta a C. V. A modo de fundamentación de esa afirmación de ilegitimidad de la ley, el recurrente se limitó a sostener que lo dispuesto en el artículo 41 quater del Código Penal es violatorio de las garantías constitucionales de derecho penal de acto para luego explicar una equívoca aplicación de tal condición de agravación en el caso concreto.

Ahora bien, al avocarme a tal planteo específico, aprecio acertado el análisis que realiza el tribunal de la instancia anterior cuando pondera que el condenado permitió que su joven compinche sea quien maneje el vehículo sustraído para luego descargar su responsabilidad en tal circunstancia. De no ser éste, no veo qué otro escenario pudo haber sido el contemplado por el legislador a la hora de justificar la aplicación de un aumento punitivo por tal razón.

En definitiva, evalúo que la defensa no ha fundamentado adecuadamente su petición de inconstitucionalidad, ni demostrado cuál es el agravio que se genera en el caso concreto; también en este aspecto deberá rechazarse el recurso de casación interpuesto.

c) Como tercer planteo el asesor técnico solicitó la anulación del debate por no haberse autorizado su grabación, pretensión que merece ser rechazada de plano pues no encuentra sustento legal alguno.

En tal camino, los artículos 394 y 395 del ritual, que cita el recurrente, prescriben a la grabación de la audiencia como algo facultativo del tribunal, amén de no conminar con pena de nulidad su inobservancia, ello ya hace inaplicable las previsiones del artículo 166 del Código Procesal Penal de la Nación.

Por lo demás, tampoco se evidencia una afectación a la regla general prevista en el artículo 167 inciso 3° de tal código vinculada a la intervención, asistencia y representación del imputado, pues el abogado tuvo posibilidad en todo momento de presenciar, cuestionar y rebatir la producción de prueba durante el juicio.

Es por ello que la defensa no logra poner de manifiesto cuál ha sido el agravio que tal rechazo le generó o qué limitación específica de los

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 50000925/2010/TO1/CNC1

derechos del imputado ha conllevado la negativa a la filmación del debate por él presenciado.

d) Como último agravio, el recurrente plantea que la pena impuesta es arbitraria, pues se consideraron circunstancias agravantes que no correspondía evaluar y se omitieron atenuantes esenciales, tales como el tratarse de *“un imputado primario, joven, con escasa instrucción”*.

Adentrado al tema en estudio, encuentro que la individualización de la pena realizada por el *a quo* aparece correctamente fundada con la especificación de circunstancias agravantes tales como la nocturnidad. Por otro lado, entiendo que yerra la defensa cuando se agravia de una falta de valoración de los atenuantes cuando el tribunal justipreció en particular la corta edad del imputado y su bajo nivel socio económico y cultural.

Es por lo precisado que deben rechazarse todos los agravios traídos por el abogado de C. V. y confirmarse a su respecto la condena impuesta a cuatro años y seis meses de prisión por considerarlo coautor del delito de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública y con la participación de un menor de edad.

II. Por su parte, el asesor técnico de P. A. P. fundó su primer agravio en que de las ocho conductas por las cuales resultó condenado, siete de ellas fueron acordadas entre las partes en los términos del artículo 431 bis del CPPN y por la restante se realizó juicio oral junto a su coimputado C. V., oportunidad en la cual aquél asumió su responsabilidad. Expuso que fue justamente a propósito de tal confesión que la fiscal formalizó su pedido de pena en tres años de prisión (condicionado al resultado del tratamiento tutelar) por todos los hechos que formaron parte de la acusación, incluyendo aquel identificado como causa nro. 6406 que se trató en debate.

Con el afán de convalidar la voluntad de todas las partes, una vez finalizado el juicio se realizó una presentación por escrito (fs. 267) en el que se dio cuenta del acuerdo arribado y del monto de pena convenido, con argumento en la necesidad de resolver de manera integral todos los

procesos pendientes que registraba P. P. y en la prioridad del interés superior del niño.

Con similar fundamento se pactó determinar la pena única correspondiente al caso, que las partes consideraron ajustada en 6 años y 11 meses de prisión.

El segundo agravio tuvo fundamento en que no se aplicó correctamente la regla de los concursos materiales y se construyó el marco legal punitivo mediante la suma aritmética de los montos sancionatorios de los pactos celebrados cuando la respuesta debió construirse bajo los parámetros del artículo 55 del Código Penal. Señaló la defensa que la pena que resultó convenida con la fiscal no se encuentra, como lo afirma erróneamente el *a quo*, distante de la escala punitiva correspondiente.

Explicó, por otro lado, que la sentencia es contradictoria por utilizar distintos métodos para determinar la pena, como ser uno compositivo para la unificación mientras que para construir la sanción correspondiente a las ocho conductas reprochadas aplica el de simple accesión aritmética.

Ahora bien, considero que la situación de P. P. es diferente a la analizada párrafos previos, pues conforme a lo expresado por ambas partes, este imputado acordó previamente a la celebración del juicio un monto de pena con la fiscal por todos los hechos materia de imputación, incluyendo aquél que fue objeto de debate y, por tal motivo, asumió su responsabilidad en el último durante el juicio.

Es así entonces que el joven pactó ofrecer un reconocimiento de la acusación a cambio, justamente, de que se respete el monto de pena conciliado. Más allá de la particularidad de materializarse un acuerdo por un hecho que fuera objeto de debate, no puede soslayarse que el imputado cumplió en lo que a él respecta (asunción de responsabilidad) su parte del acuerdo mientras que el resultado beneficioso que a cambio le fue ofrecido no fue respetado (monto de la pena).

A mi modo de ver, en este caso hubo una afectación directa a las condiciones pactadas y, por ende, al consentimiento prestado por el

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 500000925/2010/TO1/CNC1

acusado en forma previa al debate como a la actitud por él asumida para rebatir la acusación contra él generada.

El resultado de un juicio, de tal suerte, celebrado con una defensa que no cuestionó la prueba y aceptó el reproche confiando en que el resultado punitivo sería el previamente pactado y no el dictado por el *a quo*, necesariamente y a su respecto, implica un montaje, una puesta en escena de garantías constitucionales que no pudieron mínimamente ejercitarse.

La decisión que, de tal suerte, entiendo correcta al caso es la declaración de nulidad de un juicio celebrado en tales condiciones, pues se sustanció con base en una confesión ofrecida a propósito de un consentimiento viciado, porque de haber conocido P. la posibilidad de que la pena a imponer fuese mayor a la acordada, hubiera evaluado la opción de adoptar una estrategia de defensa más activa.

De lo que se trata es de la renuncia que el imputado realiza a su derecho de no autoincriminarse. En tal sentido “... *en tanto el acuerdo que brinda el imputado puede ser valorado como una confesión, entonces debemos estudiar la libertad de esa autoincriminación con mayor cuidado que si nos encontráramos ante la renuncia a un debate en el que se discuta el veredicto de culpabilidad ... En otras palabras, no nos estamos ‘allanando’ ante una demanda, sino aportado un medio probatorio para facilitar nuestra condena. Ello nos lleva a preguntarnos, entonces cuándo es que una confesión debe ser entendida como prestada libremente*” (Tedesco Ignacio, “Juicio abreviado y privilegio contra la autoincriminación” en: Julio Maier y Alberto Bovino [comp.], “El procedimiento abreviado”, pág. 323).

En definitiva, lo que a mi entender se presenta con claridad es que hubo una modificación *a posteriori* de las reglas pactadas por las partes, que no puede ni debe ser avalada jurisdiccionalmente, ya que afecta de forma directa el consentimiento brindado previamente por el acusado, generando un escenario sorpresivo para la defensa, en tanto fue más allá de los límites punitivos previstos. El costo, claro está, recayó sobre un efectivo ejercicio del derecho de defensa pues el único fundamento posible para la homologación de un juicio abreviado -que respete las garantías del imputado- es que se sustente en un concreto beneficio a causa de su confesión, lo cual es evidente que no ocurrió en el caso.

Por lo expuesto, entiendo que el juicio celebrado contra P. P. por los ocho hechos que le fueran reprochados como las decisiones que lo declaran responsable y luego lo condenan deben ser anuladas por afectación al derecho de defensa en juicio, debiendo sortearse un nuevo tribunal que deberá continuar con su trámite.

En definitiva, voto por:

1) rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de V. A. C. V. y, en consecuencia, confirmar la decisión recurrida a su respecto, sin costas (artículos 470, 471, ambos *a contrario sensu*, 530 y 531 de Código Procesal Penal de la Nación).

2) hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa de P. A. P. y anular el juicio celebrado en la presente causa y las decisiones dictadas en consecuencia (declaraciones de responsabilidad y condena de fs. 285/300 y fs. 310/315; debiendo desinsacularse un nuevo tribunal oral de menores que deberá continuar con su trámite.

El juez Mario Magariños:

-I-

Respecto de los agravios traídos en el recurso de casación interpuesto por la defensa del señor V. A. C. V., coincido con la resolución del caso propuesta por el colega Días, en tanto en la sentencia recurrida se ha llevado adelante una correcta fijación del hecho, de conformidad con las pautas establecidas por esta cámara en el precedente “Cajal” –proceso n° CCC 31507/2014/TO1/CNC1, registro n° 351/2015, sentencia del 14 de agosto de 2015- (ver voto del juez Magariños).

Asimismo, adhiero a la conclusión formulada por el juez Días acerca de que la articulación formulada por la defensa en punto a la nulidad de la audiencia de debate, por no haberse autorizado su filmación, carece de los requisitos exigibles para su admisibilidad.

Por otra parte, cabe señalar que la exigencia de una revisión amplia de la sentencia condenatoria (arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) no se limita a cuestiones de valoración probatoria, sino que comprende también a todas las consideraciones

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 50000925/2010/TO1/CNC1

vinculadas a la interpretación y aplicación de la normativa que en la sentencia confieran sustento a la decisión de condena impugnada, sin que requisitos formales, relativos a la presentación del recurso o del agravio del cual se trate, resulten un obstáculo para el ejercicio imperativo de esa clase de revisión (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal”, Fallos:328:3399, en especial considerandos 27° y 28° del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; 10° del voto de la juez Highton de Nolasco; 8° del voto del juez Fayt y 12° del voto de la juez Argibay).

En este punto, cabe indicar respecto de la calificante prevista en el artículo 41 *quater* del Código Penal, que he tenido oportunidad de señalar en el precedente “Villodres” (proceso n° CCC 46306/2013/TO1/CNC1, “Villodres, Daniel Esteban y otro s/ robo con armas”, registro n° 592/2016, sentencia del 5 de agosto de 2016 -ver voto del juez Magariños-) que: “los términos de la norma ‘con la intervención de menores de dieciocho años de edad’ sólo pueden entenderse como referidos a aquellos supuestos en los que el mayor intervenga en la ejecución del hecho mediante una ‘instrumentalización’ del menor (autoría mediata)”.

En aquella oportunidad, indiqué que el incremento del monto de pena para el adulto que la ley contempla está, pues, previsto para aquellos supuestos en los cuales el mayor de edad, para la ejecución del hecho ilícito, se vale del menor de edad como un instrumento de la realización.

Esto significa que del universo de supuestos de utilización de un sujeto como instrumento directo para la ejecución de un delito, cuando la instrumentalización recae sobre un menor de edad, el legislador, con base en una finalidad tuitiva, ha decidido incrementar el monto de sanción aplicable al autor adulto.

Sin embargo, cabe todavía formular una diferenciación para la aplicación de la agravante, según se trate de un supuesto en el cual el instrumento sea un menor de 16 años, o bien de un caso en que el menor se ubique en la franja etaria de los 16 a los 18 años.

En el primer supuesto, la aplicación de la agravante resulta ineludible pues los menores de 16 años son, por definición legal (art.

1° de la ley n° 22.278), inimputables y, por consiguiente, su instrumentalización en la ejecución del hecho por parte del adulto -autor- deriva de modo directo del empleo de un menor inimputable para la comisión y torna entonces aplicable la calificante, en la medida, claro está, que el adulto posea conocimiento de la condición de instrumento derivada de la minoridad.

En cambio, en los supuestos en los cuales se trata de menores considerados responsables por la ley penal, esto es, de aquellos que se ubican entre los 16 y los 18 años (artículo 2 de la ley n° 22.278), la condición de instrumento no es posible derivarla directamente de la edad del menor, razón por la cual, la aplicación de la calificante dependerá de la verificación, en cada caso, de circunstancias que determinen una efectiva instrumentalización del menor (responsable) por parte del mayor (autor mediato).

De modo tal que la condición de instrumento del menor (de entre 16 y 18 años) no es posible derivarla aquí, como en el caso del menor de 16 años, de la inimputabilidad definida por la ley en virtud de la edad, sino de alguna circunstancia, verificada en el caso concreto, que dé lugar a afirmar un supuesto de autoría mediata por parte del mayor, fundado en otra razón (a modo de ejemplo, el hacerlo obrar en error de tipo, o de prohibición inevitable, o el aprovechar el padecimiento de una insuficiencia de facultades mentales, en los términos del artículo 34 inciso 1° del Código Penal, etc). Por lo tanto, la agravación de la escala penal halla razón, también en este supuesto, en el carácter tuitivo que el legislador contempla en función de la instrumentalización de un menor.

Ahora bien, la interpretación propuesta supone distanciarse, por un lado, de aquellas posturas que han afirmado que el artículo 41 *quater* comprende también supuestos de instigación (cfr. en este sentido, el voto del juez Sarrabayrouse en el precedente dictado por la Sala II de esta Cámara in re “Baiz, Jorge Mario y Baiz Martínez, Emanuel s/ recurso de casación” resuelta el 30 de junio de 2016, registro n° 492/2016).

En tal sentido, cabe advertir que en los supuestos en que “el instigado” fuere un menor inimputable, dada la redacción de la norma

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 50000925/2010/TO1/CNC1

que contempla a la instigación a cometer un delito en el Código Penal argentino, esto es, “los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo” (cfr. última parte del artículo 45 de la ley de fondo), de verificarse en esos términos la instigación en un caso concreto, supondrá siempre una instrumentalización del menor inimputable, propia de la calificación de autoría mediata respecto del adulto.

A su vez, en la hipótesis de una instigación dirigida hacia un menor responsable (16 a 18 años), la instigación supondrá la participación del adulto (instigador) en la comisión del delito del que será autor y, por consiguiente, no instrumento, el menor; con lo cual, en este supuesto, faltará la razón de ser para la aplicación a la actuación del adulto de la calificante contemplada en el artículo 41 quater del Código Penal.

Por otro lado, la hermenéutica de la norma bajo examen aquí propuesta, se aparta también de aquellas interpretaciones que encuentran el fundamento de la agravante en la actitud asumida por el mayor, ya sea durante el desarrollo del proceso, o, inclusive, en la comisión del hecho, orientada a encubrir, disimular, o deslindar su propia responsabilidad en el menor y, de ese modo, procurar su impunidad.

Considero evidente que, otorgar ese significado a la norma calificante de la punibilidad supone asignarle un alcance que la coloca en contradicción con la regla fundamental que prohíbe al estado obligar a un habitante de la Nación a declarar contra sí mismo. Entiendo, pues, que este enfoque de la cuestión no exige mayor análisis.

En síntesis, con arreglo a la doctrina aquí expuesta acerca del fundamento y sentido del artículo 41 *quater* del Código Penal, y en tanto en la sentencia impugnada se ha declarado responsable al menor interviniente en el delito, en carácter de coautor, junto al mayor V. A. C. V., entiendo que corresponde casar parcialmente la sentencia recurrida, en razón de la errónea interpretación de la calificante citada, dejar sin efecto su aplicación respecto del nombrado y remitir las actuaciones a fin de que otro tribunal oral determine el monto de pena a imponer al señor C. V., conforme la escala legal aplicable al caso; sin costas (artículos 456, inciso 1º, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

De este modo, deviene inoficioso pronunciarse sobre el planteo de inconstitucionalidad de la norma articulado por el recurrente.

-II-

Por otra parte, la defensa del señor P. A. P. se agravió, centralmente, de la pena dictada por el tribunal oral de menores, en tanto el *a quo*, según su entender, se apartó del pacto realizado entre la fiscalía y esa asistencia técnica.

En ese sentido, recordó que se había formulado acusación respecto de P. en ocho procesos; en siete de ellos, se arribó a un acuerdo de juicio abreviado (art. 431 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación) y, en el caso restante, se realizó el debate oral. Al momento de los alegatos pronunciados durante el juicio, los intervinientes hicieron saber que habían llegado a un acuerdo respecto de la pena, en los términos del artículo 4° de la ley n° 22.278, por la totalidad de los procesos que registraba el imputado. Finalmente, el tribunal oral declaró penalmente responsable al señor P. por los ocho hechos y, al momento de dictar la sanción punitiva, determinó una superior a la acordada.

Ahora bien, en el marco del proceso n° 6406, por el cual se desarrolló el juicio oral y público respecto de P., los magistrados dictaron sentencia condenatoria (fs. 285/300vta.), e integraron tanto la declaración de responsabilidad por el hecho que fue materia de debate, como así también por los hechos objeto del procedimiento regulado en el art. 431 *bis* del código de rito.

Este procedimiento, a través del cual el tribunal *a quo* dictó una única sentencia, esto es, comprensiva tanto del suceso sometido a juicio como de aquellos decididos por fuera del debate oral, es decir, a través del procedimiento contemplado en el artículo 431 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación, importó la aplicación de un proceder que no se encuentra previsto en ninguna norma legal. En efecto, el Código Procesal Penal de la Nación prevé dos *procedimientos* posibles para arribar a una sentencia (como culminación de un proceso de conocimiento), por un lado, el juicio oral, público, contradictorio y continuo establecido en la Constitución Nacional y, por el otro, el denominado “juicio abreviado”.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 500000925/2010/TO1/CNC1

Ahora bien, esos mecanismos procedimentales no resultan acumulables o combinables, sino alternativos: o bien se procede por la vía del debate público, o bien se opta por el supuesto del artículo 431 *bis* del Código Procesal Penal. Ello se debe tanto a las reglas propias aplicables a cada uno de ellos, como también, y fundamentalmente, a la garantía que representa el estricto cumplimiento de la normativa procesal, como exigencia derivada del principio de debido proceso legal.

En relación con el primero de esos procedimientos, el juicio oral y público, su modo de culminación, es decir, la sentencia, se define como: “aquella decisión que, después del juicio oral y público, resuelve sobre el objeto principal del procedimiento penal, esto es da solución al asunto en sentido material” (Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal, Tomo III, Actos procesales*, editores del Puerto, 1° edición, Buenos Aires, 2011, p. 337), o en términos más amplios, el último acto de la fase de conocimiento que agota el grado de mérito (Clariá Olmedo, Jorge A., *Derecho procesal penal, Tomo IV*, Rubinzal Culzoni, 1° ed., Buenos Aires, 2008, p. 285).

Julio Maier explica que la sentencia es la culminación del proceso constitucionalmente requerido, es decir, del juicio oral y público: “Ese debate cumple con la *presencia ininterrumpida* de todos los sujetos procesales (*inmediación*), inclusive el imputado y su defensor, y **en él son incorporados los únicos elementos de prueba idóneos para fundar la sentencia**” (*Derecho procesal penal, Tomo I, Fundamentos*, editores del Puerto, 2° edición, 1° reimp., Buenos Aires, 1999, p. 585, el destacado se agrega). En relación con ello, agrega que la oralidad, continuidad y concentración de sus actos en una audiencia, y la obligación de que la sentencia sea dictada por los jueces que participaron en él y se funde en los actos del debate, lleva a afirmar que este período procesal está “gobernado por la máxima formal que pretende establecer una **unidad entre el debate y la sentencia**” (Maier, *ob. cit.*, Tomo I, p. 657, el destacado se agrega).

Ello es así, en tanto los principios de inmediación, concentración y continuidad del debate se disponen “con el fin de que [los intervinientes] controlen y usen los actos que darán fundamento a esa solución; de tal modo, esas reglas no se justificarían si la base de la sentencia

estuviera proporcionada por otros actos, extraños al debate cumplido de esa forma” (Maier, Julio B. J., *ob. cit. Tomo I*, p. 660).

Sobre la extensión de la sentencia, enseña a su vez Clariá Olmedo que: “**El juez actúa sobre el hecho concreto** para adecuarlo o subsumirlo en una norma de derecho sustancial, aplicando de esta manera la voluntad de la ley al caso concreto sometido a su consideración” (Clariá Olmedo, Jorge A., *ob. cit.*, p. 289; el destacado se agrega). Y, en cuanto a los límites del acto de sentencia, refiere que: “Cerrado el contradictorio del plenario, quedan reunidos en autos los elementos que han de servir de base para la decisión del tribunal penal. Ellos ponen un límite objetivo y subjetivo al contenido fáctico de la sentencia a dictarse” (*ob. cit.*, p. 291/292).

En igual sentido, y dicho una vez más con palabras de Julio Maier: “se reconoce que una sentencia está fundada, al menos en lo que hace a la reconstrucción histórica de los hechos, cuando *menciona los elementos de prueba*, a través de los cuales arriba racionalmente a una determinada conclusión fáctica, esos elementos han sido *válidamente incorporados al proceso* y son *aptos para ser valorados (legitimidad de la valoración)*, y exterioriza la valoración probatoria” (Maier, *ob. cit. Tomo I*, p. 482).

-III-

Pues bien, lo expuesto hasta aquí permite concluir que la sentencia, como acto que finaliza el proceso de conocimiento que implica la etapa plenaria (juicio oral, público, contradictorio y continuo por mandato constitucional) es un acto que tiene como estricto límite la imputación fáctica respecto de uno o varios hechos determinados y, en particular, la prueba que se incorpora y produce legítimamente en la audiencia de debate.

Por otro lado, y más allá de la cuestión de ilegitimidad que presenta, el procedimiento previsto en el artículo 431 *bis* del Código Procesal Penal es el otro mecanismo regulado por la ley procesal para arribar a una sentencia, y la decisión que se produzca por la adopción de esa alternativa presenta los límites en punto al proceso de conocimiento y decisión que define la ley.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 50000925/2010/TO1/CNC1

En consecuencia, la cuestión atinente a las formas que la normativa procesal penal determina para arribar a una sentencia en cada caso, no es disponible por el juzgador, sino que, por el contrario, resulta un imperativo legal, y en el caso del juicio oral y público, también de orden constitucional.

En tal sentido, enseña Vélez Mariconde que: “la norma jurídico-penal aparece como una norma-límite: la sustantiva porque circunscribe el ámbito de la represión; la procesal porque establece, en primer término, la única forma legítima de administrar justicia cuando se presume cometida una infracción penal” (Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal, Tomo II*, ed. Marcos Lerner, 3º edición, 1º reimpresión, Córdoba, 1982, p. 20), para concluir que: “si el proceso es entonces un medio *esencial* de investigar *la verdad* y actuar la ley penal -por lo cual tutela mediatamente el interés represivo de la sociedad- también resulta una *garantía individual* puesto que necesariamente se interpone entre el delito y la pena” (*ob. cit.*, p. 21).

-IV-

Sentado lo anterior, se advierte en el caso que, al momento de dictar sentencia en el proceso n° 6406 (fs. 285/300vta.), el *a quo* decidió hacerlo con base en una combinación de los procedimientos previstos y regulados –para ciertos delitos– alternativamente por la ley. De esa forma, mediante un procedimiento acuñado de modo pretoriano, se pronunció una sentencia de condena abarcativa de la totalidad de los hechos reprochados al señor P. En efecto, concluido el debate oral correspondiente al único hecho llevado a juicio, se integró luego la sentencia con los acuerdos de juicio abreviado por los restantes siete procesos y se dictó, en ese marco, una única sentencia condenatoria. Es decir que, al momento de evaluar la responsabilidad penal del señor P. en el proceso n° 6406, los magistrados también introdujeron los acuerdos de juicio abreviado firmados por otros siete hechos independientes de aquel, incorporando así, por fuera de la etapa de producción de prueba del juicio oral, con desconocimiento de las reglas de continuidad e inmediatez, elementos que confluyeron a integrar y fundar una única sentencia de condena, que dio lugar, posteriormente, a la impugnación del recurrente.

Ese proceder, tal como se explicó más arriba, no sólo no se encuentra regulado de ninguna manera en el Código Procesal Penal de la Nación, sino que supuso, además, extender los límites de la sentencia -como acto conclusivo del juicio- a la comprensión de elementos que no formaron regularmente parte del debate, y que se presentan como hechos material y procesalmente autónomos, por los cuales se había escogido otro mecanismo normativo, para arribar entonces, de modo anómalo, a un pronunciamiento definitivo de carácter ilegal.

Por consiguiente, corresponde declarar aquí la nulidad de la sentencia pronunciada respecto del señor P. el día 24 de junio de 2015, y del acto posterior cumplido en consecuencia, es decir, la determinación de pena en los términos del artículo 4 de la ley n° 22.278 y la pena única fijada.

-V-

Ahora bien, las consecuencias de esta nulidad resultan diversas según se trate de los siete hechos por los cuales se efectuaron acuerdos de juicio abreviado, o del único suceso por el que el debate se cumplió válidamente.

Es que, respecto de los hechos por los cuales se aplicó el procedimiento de juicio abreviado, he señalado en forma permanente y reiterada, a partir del voto pronunciado por mí en carácter de juez integrante del Tribunal Oral en lo Criminal nro. 23 de esta ciudad, en el precedente “Osorio Sosa, Apolonio” (sentencia del 23 de diciembre de 1997; publicada en el suplemento de Jurisprudencia Penal de la revista jurídica La Ley, del 30 de abril de 1998), y como vocal de esta cámara de casación, a partir de la sentencia dictada *in re* “Barragán, Matías” –proceso n° CCC 48341/2013/TO2/CNC1, registro n° 157/2015, sentencia del 15 de junio de 2015 (ver voto del juez Magariños)-, que el procedimiento establecido en el art. 431 *bis* del código de forma (conf. ley n° 24.825), no satisface la exigencia constitucional de realización de un "juicio previo" a la imposición de una condena penal, por lo que, en razón de las consideraciones allí expuestas, a las que cabe remitirse en tributo a la brevedad, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la ley 24.825 y del artículo 431 *bis* del Código

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 500000925/2010/TO1/CNC1

Procesal Penal de la Nación, toda vez que lo allí establecido quebranta lo dispuesto en los artículos 1, 18 y 118 de la Constitución Nacional.

Asimismo, se deberá hacer saber al tribunal de origen lo aquí resuelto a fin de que remita a sorteo las actuaciones por los procesos sustanciados bajo la norma declarada ilegítima y, una vez radicados ante otro tribunal, se cite a las partes a juicio en los términos del art. 354 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuyo marco la pretensión punitiva y la eventual condena respecto de los hechos no deberá exceder, entre otras razones por el límite impuesto como consecuencia de la prohibición de *reformatio in pejus*, del monto ya solicitado por la representante del Ministerio Público Fiscal y, a su vez, receptado por el órgano jurisdiccional.

-VI-

Por el contrario, otra solución corresponde adoptar respecto del suceso por el que se celebró el juicio oral y público, pues cabe considerar, en ese caso, si efectuar un reenvío de las actuaciones para la realización de un nuevo juicio, cuando el señor P. ya soportó uno válidamente cumplido en todas sus partes, resulta legítimo en un sistema regido por la garantía que prohíbe la múltiple persecución penal (*ne bis in idem* – arts. 18 y 33 de la Constitución Nacional, y art. 1 *in fine* del Código Procesal Penal de la Nación).

Tuve oportunidad de expedirme sobre la cuestión ahora en análisis, al decidir, como integrante del Tribunal Oral en lo Criminal n° 23, en las sentencias dictadas en el marco de los procesos n° 2775, “Kahl Amalia Lucía”, de fecha 23 de Octubre de 2008, y n° 3431, “Luzarreta, Héctor José y Rodríguez, Hugo Daniel”, de fecha 4 de junio de 2013. Allí sostuve que la garantía que proscribe la persecución penal múltiple, determina que el estado tiene habilitada una única oportunidad para lograr la condena de un ciudadano acusado de haber cometido un hecho delictivo. Si fracasa en ese intento, por razones exclusivamente imputables a los órganos estatales de persecución penal, debe resignarse a que el hecho quede impune, es decir, no puede pretender que se le conceda una posibilidad de enmendar sus errores a costa de someter al imputado a la reiteración del proceso, en particular de aquellos actos procesales cumplidos válidamente.

Es que, de acuerdo a la doctrina del fallo “Polak” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la nulidad de una sentencia no habilita al estado a intentar llevar al ciudadano a un segundo juicio en el que sea nuevamente expuesto al riesgo de ser condenado, con excepción de aquellos casos en los que la nulidad resulte imputable a la propia actuación del acusado durante el proceso.

Asimismo, el profesor Julio B. J. Maier afirma que la garantía contra la múltiple persecución penal: “...como cualquiera que emerja del Estado de Derecho, no depende, para su observancia y respeto, de argumentos formales relativos, por ejemplo, a la conclusión procesal del procedimiento o al momento en que la sentencia adquiere calidad de cosa juzgada; antes bien, es dependiente de argumentos materiales que cierren la puerta a un segundo intento estatal de lograr una condena determinada: cuando el Estado, por medio de sus órganos de persecución penal, conduce a una persona a soportar un juicio público sobre la imputación que le dirige frente al tribunal competente para juzgarla, esa es la única oportunidad que tiene para lograr la autorización que permite someter a esa persona a una consecuencia jurídico-penal... y carece de otra oportunidad, que siempre implica una renovación de la persecución, un nuevo riesgo de condena” (conf. *Derecho Procesal Penal, Tomo I, Fundamentos*, editores Del Puerto, 2º edición, Buenos Aires, 1996, p. 639).

Estas conclusiones resultan, a su vez, estructuradas a partir de una exégesis de la posición que, a lo largo de diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mantuvo el juez Petracchi, y que se consolidaron en la jurisprudencia del Alto Tribunal.

A este respecto, con fecha 31 de agosto de 2010, al fallar en el precedente “Sandoval” (Fallos 333:1687), la Corte Suprema de Justicia de la Nación decidió revocar una sentencia condenatoria dictada tras celebrarse un juicio de reenvío y en sustento de esa decisión, los votos que conformaron la mayoría (cfr. considerando 6 del voto de los Jueces Petracchi, Fayt y Lorenzetti) se remitieron a los argumentos expuestos por los Jueces Petracchi y Bossert en el precedente “Alvarado” (Fallos 321:1173) y por el Juez Petracchi en el considerando 17º del fallo “Olmos” (Fallos 329:1447).

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 50000925/2010/TO1/CNC1

Por su parte, en el voto concurrente del Juez Zaffaroni (considerando 9º) se invoca expresamente, con relación al tema que nos ocupa, la doctrina del precedente “Polak” (Fallos 321:2826).

Luego, con fecha 27 de diciembre de 2011, al resolver el Recurso Extraordinario deducido por el representante del Ministerio Público Fiscal en el precedente “Kang Yoong Soo” (Fallos 334:1882), la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó una sentencia en la que la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal había absuelto al acusado, sobre la base de considerar que debía censurarse “toda posibilidad de retrogradación de los procedimientos por vía de un recurso articulado por la acusación contra la sentencia absolutoria, que obedeció exclusivamente a errores del Estado” por entender precluidas a favor del imputado, ajeno a dicha frustración, la totalidad de las etapas que transitó el juicio (cfr. considerando 2 del voto de la mayoría en el fallo mencionado).

En esa ocasión, el voto mayoritario de la Corte Suprema sostuvo, en lo que aquí interesa, que resultaba de aplicación el estándar fijado en el fallo “Sandoval” (cfr. considerando 5º del voto de los Jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi).

Pues bien, la trascendencia de las cuestiones en juego obligan a reseñar, en lo fundamental, los votos pronunciados por el juez Petracchi en los fallos “Alvarado” y “Olmos” que dan fundamento a las posteriores decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en punto a la cuestión de que se trata.

En el precedente “Alvarado” (Fallos 321:1173) la Corte Suprema de Justicia de la Nación debía resolver un Recurso Extraordinario Federal deducido por el Representante del Ministerio Público Fiscal contra la sentencia por la cual el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Comodoro Rivadavia había absuelto al acusado con relación al delito de retención y omisión de depósito de aportes provisionales.

El recuso fiscal sostenía que la sentencia impugnada resultaba arbitraria por haberse apartado de las constancias obrantes en la causa y por haber interpretado erróneamente el tipo penal que se encontraba en consideración.

Pues bien, en su voto disidente (al que luego la Corte Suprema de Justicia de la Nación se remitió para fundar los fallos dictados en los precedentes “Sandoval” y “Kang”) los Jueces Petracchi y Bossert, comenzaron por explicar que el recurso deducido por el Fiscal, tenía por objeto la revocación de la absolución dictada y “...**como necesaria consecuencia de ello –en atención a las características de dicho pronunciamiento-, la realización de un nuevo juicio**” (cfr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi y Bossert en fallos 321:117, el resaltado se agrega). Aclararon que eso era así pues en tanto “...el pronunciamiento en cuestión –como consecuencia de la decisión que en él se toma- no contiene la valoración de todos los aspectos del hecho imputado respecto de los cuales se ha producido prueba durante el debate. Por tanto, carece de la reconstrucción histórica del hecho atribuido por la parte acusadora. Tal situación impide que el tribunal ad quem, en el caso esta Corte, aplique la ley según su correcta interpretación, pues ello implicaría –al menos- que se pronunciara sobre puntos no decididos por el a quo y que no han sido tampoco objeto de apelación”. Y concluyeron por ello que “... si triunfara la tesis del recurrente, esta Corte se vería obligada a [...] hacer una declaratoria sobre el punto en disputa y devolver la causa para que sea nuevamente juzgada” (ídem).

Señalaron los mencionados magistrados entonces que, “un reenvío dispuesto en tales términos supone, en un caso como el presente, la reedición total del juicio”, ello en función de las exigencias derivadas del principio de inmediación que rige el proceso oral (cfr. considerando 6° del voto de los jueces Petracchi y Bossert en fallos 321:117). Y ello a pesar de que el debate ya celebrado en el caso se había cumplido válidamente en su totalidad (ídem considerando 7°).

Ante tal contexto, los Jueces Petracchi y Bossert estimaron que resultaba necesario considerar, antes de ingresar en el análisis del fondo del recurso, si “¿Es posible –a la luz de nuestro derecho federal- que, en un caso como el de autos, en el que es el acusador público quien requiere la revocación de la sentencia absolutoria, se someta al imputado a un

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 50000925/2010/TO1/CNC1

nuevo juicio íntegro cuando ya soportó uno válidamente cumplido en todas sus partes?” (cfr. considerando 7°).

A responder esta pregunta se dedican en el resto de su voto; para ello comenzaron por recordar el estándar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación derivó a partir del precedente “Mattei” (Fallos 272:188), relativo a que “... no hay lugar para retrotraer un proceso penal a etapas ya superadas cuando éstas han sido cumplidas observando las formas sustanciales del proceso que la ley establece” (cfr. considerando 9° del voto).

Según lo expusieron en el considerando 10° de su voto, esta regla se encuentra conectada de modo indisoluble con el principio que prohíbe la persecución penal múltiple (*ne bis in idem*); pues esa garantía, según la interpretación que de ella realizó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del precedente de Fallos 299:221, “...no sólo veda la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho ya penado, ‘...sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra a través de un nuevo sometimiento a proceso de quien ya lo ha sido por el mismo hecho...” (cfr. considerando 10°).

En esa misma línea conceptual, presenta particular interés para la resolución de la cuestión planteada en el *sub judice*, el precedente “Olmos” (Fallos: 329:1447).

En ese caso, los imputados Olmos y De Guernica habían sido condenados por la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones de Zapala, el primero, a la pena de 2 años de prisión de ejecución condicional e inhabilitación especial para ejercer la profesión de abogado, por resultar autor del delito de estafa, cometido en forma reiterada, y el segundo, a 1 año de prisión de ejecución condicional y dos años de inhabilitación especial para ejercer la profesión de abogado, como coautor del delito de estafa, respectivamente.

Recurrida la condena por la defensa, el Tribunal Superior de Justicia anuló la sentencia y ordenó el reenvío de las actuaciones a fin de que se realice un nuevo juicio y se dicte, en consecuencia, un nuevo pronunciamiento. Luego de realizado el debate, ambos imputados fueron condenados a penas mayores que las de la sentencia originaria. Contra dicha

decisión, las defensas interpusieron recurso de casación, el que fue rechazado, y, finalmente recurso extraordinario motivado en la afectación de la prohibición de *reformatio in pejus*.

Ahora bien, en lo que aquí interesa, posee especial significado lo considerado por el juez Petracchi en su voto, pues, más allá de las argumentaciones respecto de la garantía mencionada en último lugar, explicó que: “al anular la primera sentencia, el Tribunal Superior provincial no se limitó a invalidar dicho acto, sino que anuló también el debate que la precedía, a pesar de que él había sido válidamente cumplido” (cfr. considerando 14°). En tanto la nulidad de la sentencia había sido dispuesta por deficiencias esenciales de fundamentación, afirmó además que: **“si la sentencia era nula por haber violado el derecho de defensa de los imputados, la consecuencia del reconocimiento de la lesión a esa garantía no podía ser la autorización de un nuevo intento de condenarlos”** (cfr. considerando 16°, el resaltado se agrega).

Finalmente, en el considerando 17° (al que se remitió luego la Corte en el precedente “Sandoval”), concluyó el citado magistrado que, “al ordenarse la reiteración del debate se retrotrajo el juicio a etapas ya superadas, y se produjo un apartamiento de las formas sustanciales que rigen el procedimiento penal”.

En consecuencia, con base en el marco conceptual delineado a través de los precedentes arriba citados, en punto a la garantía fundamental que protege contra la doble persecución penal, corresponde considerar que, en tanto la nulidad de la sentencia impugnada en el presente obedece exclusivamente a un vicio atribuible a la actuación de los órganos estatales (ver considerando IV de este voto) y, por consiguiente, no imputable a la persona sometida a proceso, la consecuencia no puede consistir en que el señor P. deba soportar nuevamente un juicio, luego de haber transitado uno válidamente cumplido. Dicho en otras palabras, la anulación de la sentencia dictada por el *a quo*, originada en motivos ajenos al actuar del imputado, no puede conducir a adoptar idéntica solución respecto del debate oral y público, pues al haberse realizado de manera válida, es

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 50000925/2010/TO1/CNC1

evidente que su reiteración importaría una franca contradicción con el principio *ne bis in idem*.

Por lo expuesto hasta aquí, los límites de la solución del caso bajo análisis, se presentan del todo claros e imponen anular la sentencia recurrida en cuanto condenó al señor P. A. P. respecto del hecho objeto del juicio celebrado en el marco del proceso n° 6406, y, en consecuencia, absolver al nombrado, sin costas, por ese suceso (artículos 18 y 33 de la Constitución Nacional, 1 *in fine*, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

-VII-

En síntesis, respecto del recurso de casación interpuesto por la defensa del señor C. V., corresponde casar parcialmente la sentencia recurrida, en razón de la errónea interpretación del artículo 41 *quater* del Código Penal, dejar sin efecto su aplicación respecto del nombrado y remitir las actuaciones a fin de que otro tribunal oral determine el monto de pena a imponer al señor C. V., conforme la escala legal aplicable al caso; sin costas (artículos 456, inciso 1°, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Por otro lado, en relación con la resolución dictada en el presente proceso el día 24 de junio de 2015, respecto del señor P., corresponde declarar su nulidad y la del acto posterior cumplido en consecuencia, es decir, la determinación de pena en los términos del artículo 4 de la ley n° 22.278 y la pena única fijada y, como consecuencia de ello, respecto de los hechos investigados en los procesos 6075, 6212, 6261, 6165, 6461, 7022 y 6133, en razón de la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.825 y del artículo 431 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación, corresponde hacer saber al tribunal de origen lo aquí resuelto a fin de que remita a sorteo las actuaciones para que, una vez radicados ante otro tribunal, se cite a las partes a juicio en los términos del art. 354 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuyo marco, como ya se expresara, la pretensión punitiva y la eventual condena respecto de los hechos no deberá exceder, entre otras razones por el límite impuesto como consecuencia de la

prohibición de *reformatio in pejus*, del monto ya solicitado por la representante del Ministerio Público Fiscal y, a su vez, receptado por el órgano jurisdiccional (artículos 1, 18 y 118 de la Constitución Nacional, artículos 167, 168, segundo párrafo, 172 y cctes., 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Finalmente, respecto del hecho objeto del juicio celebrado en el marco del proceso n° 6406, corresponde absolver al nombrado por ese suceso (artículos 18 y 33 de la Constitución Nacional, 1 *in fine*, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

El juez Luis Fernando Niño dijo:

I. La situación de V. A. C. V.:

1) Concretamente, la defensa de V. A. C. V. planteó cuatro agravios: en primer lugar, a) la errónea valoración de la prueba vinculada a la participación del acusado en el suceso por el cual resultó condenado pues se sostiene en afirmaciones dogmáticas y no en los elementos de prueba colectados en el sumario. Afirmó, que no se logró demostrar la coautoría de su pupilo. En subsidio, solicitó que, de haber algún tipo de intervención de su asistido, “se la encuadre en la norma prevista en el art. 46 del CP con la limitación que prevé el art. 47 de la Ley de Fondo” (ver fs. 321vta); b) la inconstitucionalidad del artículo 41 quater del Código Penal y, también, en forma subsidiaria, se rechace la aplicación de dicha agravante; c) la nulidad del debate por afectación al derecho de defensa en juicio, al no haberle sido permitida su filmación; y d) en subsidio, la desproporcionalidad de la pena impuesta por tratarse de un “imputado primario, joven, con escasa instrucción”.

2) Respecto del primer agravio, la defensa manifestó que la sentencia dictada en contra de su asistido adolece de fundamentación, toda vez que –a su criterio- los elementos de convicción sobre los cuales el Tribunal construyó su fallo no resultan suficientes para destruir la presunción de inocencia de V. C., en virtud de que no prueban el ilícito con el grado de certeza que requiere el dictado de un pronunciamiento condenatorio.

Refirió que no hubo testigos directos del hecho mediante cuyas aportaciones se pueda fundar una sentencia condenatoria. Manifestó

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 500000925/2010/TO1/CNC1

que los jueces violaron el principio de la sana crítica racional y no tuvieron en cuenta el descargo efectuado por su asistido, quien negó haber participado del hecho, así como haber tenido conocimiento de que, previamente, P. había sustraído el vehículo en el cual los detuvieron.

En suma, se decantó por la arbitrariedad del fallo.

3) En la tarea de recrear el cuadro histórico del hecho imputado a C. V. el *a quo* se valió de los siguientes elementos probatorios:

En primer lugar, valoraron la declaración testimonial de la damnificada Claudia Teresa Folcini, quien contó que en la madrugada del día del hecho, mientras estaba durmiendo, su hija escuchó el ruido de su auto y se acercó a la ventana logrando observar que el vehículo estaba a media cuadra, sin divisar persona alguna en su interior, denunciando el hecho de inmediato.

A partir de ello, tomaron intervención los preventores Jorge Alberto Romero y Luis Felipe Gómez, quienes relataron que tras recibir la alerta observaron desplazarse al vehículo Fiat Duna por José María Moreno hacia avenida Directorio; le impartieron la voz de alto y comenzaron una breve persecución que culminó con la detención de P. -al volante- y C. V.- que se encontraba del lado del acompañante-.

Para desvirtuar la versión exculpatoria ofrecida por C. V. y demostrar la participación activa del referido, los magistrados del Tribunal Oral de Menores, entendieron que conforme se desprende de los testimonios del personal policial que intervino, logró establecerse que justamente del lado del acompañante –donde se encontraba circulando C. V. - más precisamente en el piso del rodado, se hallaron varios elementos, algunos de los cuales fueron utilizados para la sustracción del rodado, entre ellos, una tijera de color amarillo grande, cuyas dimensiones dan cuenta del conocimiento cabal por parte del mencionado del desapoderamiento perpetrado.

Asimismo, tuvieron en cuenta el relato de P., quien se hizo cargo del hecho, incluso con la participación del co-imputado. Descartaron los magistrados que *“la inverosímil explicación que dio este último –por C. V. - en su descargo al referir que simplemente abordó al rodado una vez que P. lo pasó a buscar y que*

no preguntó nada respecto del vehículo, cuente con respaldo probatorio alguno que permita sustentarlo”.

También, manifestaron que la distancia existente entre los distintos puntos abarcados –según la versión del imputado- lugar de desapoderamiento, recorrido al “ciber” y lugar de detención, no permite concluir lógicamente que todo ese periplo se pueda haber realizado en menos de media hora.

Finalmente, valoraron en forma conjunta la prueba mencionada precedentemente con la incorporada al debate por lectura y/o exhibición, que a continuación se detallará:

- a) Informe médico legista de fs. 14 perteneciente a C. V.;
- b) Informe médico Forense realizado del conformidad con lo prescripto en el art. 78 del C.P.P.N, obrante a fs. 12/13 del legajo de personalidad del imputado;
- c) Informes periciales de fs. 29/30 vta., de los efectos secuestrados incluyendo el vehículo sustraído;
- d) croquis del lugar del hecho y detención de fs. 7;
- e) vistas fotográficas de los elementos incautados adosadas a fs. 31/33;
- f) acta de detención y secuestro de fs. 4/6;
- g) fotocopia de la documentación del vehículo que acredita su titularidad de fs. 13;
- h) certificado de antecedentes de C. V.

4) Adelanto desde ya que –al igual que el apreciado colega preopinante- no habré de asignar razón a los planteos deducidos por la defensa, pues considero que el tribunal de juicio valoró la prueba recibida en el debate bajo apego a las reglas de la sana crítica y los principios que la regulan.

En cuanto a la efectiva ocurrencia del suceso y contra la protesta de inocencia de V. A. C. V., se alzan los relatos coherentes y contestes de la damnificada F. y los preventores Romero y Gómez, que robustecen la tesis de su activa participación como coautor del evento recreado.

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 50000925/2010/TO1/CNC1

La reconstrucción de los hechos ensayada por el Tribunal Oral, tras ponderar el mérito de las probanzas acumuladas de manera armónica y global, luce suficientemente fundada y abate la pretensión defensiva de absolución sostenida sobre los mismos puntos de ataque cabalmente atendidos en la sentencia.

En rigor, la defensa centró su agravio, únicamente, en los dichos de su asistido, versión que no encuentra ningún tipo de sustento en el resto de la prueba incorporada al debate. Tampoco logró demostrar de qué manera la fundamentación brindada por el Tribunal es contraria a las reglas de la sana crítica, ni logró explicar, claramente, los motivos que lo desvinculaban de la sustracción imputada por la sola circunstancia de que la damnificada no haya visto cuantas personas sustrajeron el rodado, cuando ella dijo que solamente vio el momento en que el auto se alejaba a mitad de cuadra. Sobre todo, si luego fue detenido en la zona del acontecimiento, a escasos treinta minutos del suceso, en el interior del rodado. No es creíble ni cuenta con respaldo probatorio en autos el argumento del imputado de que no observó nada raro ni dañado, si se tiene en cuenta que la puerta del auto del lado en que viajaba él estaba violentada y que en el piso del lugar del acompañante se incautó la tijera de color amarillo y considerables dimensiones del tipo de las utilizadas comúnmente para este tipo de eventos, extremo acreditado con el informe pericial pertinente.

A mi modo de ver, entonces, y como adelanté, las críticas genéricas que ha realizado la defensa técnica a la sentencia cuestionada no son de recibo en esta instancia, habida cuenta de que se basan en una consideración alejada de la prueba reunida; y los cuestionamientos que efectúa, pretendiendo asignar validez a los dichos de su asistido, no resultan eficientes para refutar los diversos y contundentes elementos de cargo reunidos a lo largo de la pesquisa.

La Corte tiene dicho que la arbitrariedad de la sentencia se configura, entre otros casos, cuando se han considerado las pruebas, los indicios y presunciones en forma fragmentaria y aislada, incurriéndose en omisiones y falencias respecto de la verificación de hechos conducentes para la decisión del litigio; y en especial, cuando se ha

prescindido de una visión de conjunto y de la necesaria correlación de los elementos probatorios entre sí, y de ellos con otros elementos indiciarios (Fallos C.S.J.N.: 308:641). Tal cuadro de situación dista de configurarse en este caso, por las razones expuestas.

Por todo lo hasta aquí expuesto, cabe concluir que la reconstrucción histórica de los sucesos que los magistrados de juicio han desarrollado en la sentencia impugnada respecto de C. V., se ajusta a los parámetros normativos que la rigen, sin que las alegaciones ensayadas en su contra conmuevan su consistencia como pieza jurídica.-

5) En segundo lugar, la defensa de V. A. C. V., planteó la inconstitucionalidad del artículo 41 *quater* del Código Penal por considerar que “*agrava las condiciones de detención de C. V., [y] vulnera el principio de razonabilidad e igualdad ante la Ley. Asimismo (...) vulnera e injuria las garantías del debido proceso. El criticado artículo agrava la pena injustamente al Sr. C. V. por solo estar en compañía de un menor (P.), que en este caso la escasa diferencia de edad y el rol protagónico que el menor tuvo de ninguna manera se le puede aplicar este artículo a C. V. (...) El gravamen y lo injurioso está en que solamente se le agrava la pena por estar en compañía del menor, violando así el principio de congruencia y de razón suficiente entre otros*” (cfr. fs. 324/5). Asimismo, solicitó, en forma subsidiaria, se rechace la aplicación de dicha agravante, toda vez que su asistido en ningún momento intentó descargar la responsabilidad en el menor.

6) Respecto de la inconstitucionalidad del art. 41 *quater* el Tribunal *a quo* indicó que no se advirtieron motivos para declarar inconstitucional la norma en cuestión, conforme la doctrina de los fallos de la CSJN que citaron, sin que la defensa haya fundamentado cuál o cuáles son las garantías constitucionales que tal normativa avasalla.

Asimismo, los jueces entendieron que, en este caso, correspondía imponer la agravante en cuestión, toda vez que de la reconstrucción fáctica se desprende que C. V. no solo se valió del menor en la conducción del vehículo sustraído, sino que, además, en todo momento intentó descargar la responsabilidad de los sucesos en el joven.

7) En punto a la solicitud de inconstitucionalidad sólo habré de indicar que la defensa no fundamentó adecuadamente cuál o cuáles son

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 500000925/2010/TO1/CNCI

las garantías constitucionales que la normativa vulnera, ni tampoco advierto circunstancias de suma gravedad institucional que permitan de manera clara e indudable proceder a tal solución; siempre analizado el caso teniendo en cuenta el postulado de prudencia sostenido por el máximo tribunal, que admite la inconstitucionalidad como *ultima ratio*, sobre la base de presunción de constitucionalidad de las leyes (fallos 226:688, 242:73, 314:424, entre otros).

8) En cuanto a la aplicación de la agravante estipulada en el art. 41 *quater* del CP, incorporada por la ley 25.767, considero que la misma se debe aplicar cuando, en el caso concreto, se pueda demostrar que se ha pretendido descargar la responsabilidad en el o los menores, o que éstos fueron instigados por los adultos para intervenir en el hecho como un instrumento para evitar su punibilidad.

Ello, teniendo en cuenta la finalidad que tuvo el legislador al producir esta agravante, que fue la de reprimir con mayor pena la situación de aprovechamiento de los mayores de edad respecto de los menores que actúen en una empresa criminal.

Así, durante el tratamiento sobre tablas, sólo se refirió a los fundamentos del proyecto la diputada Stolbizer, quien destacó que se propiciaba un aumento de las penas para los adultos que *utilizaran* menores en la comisión de delitos. En los proyectos de la Comisión de Legislación Penal que sirvieron de base a la aprobación del proyecto de ley, se emplearon expresiones de similar tenor. Vale recordar aquí tales iniciativas parlamentarias: a) 3143-D-01, en el que el diputado Fayad expresa: “...*la sociedad se encuentra indefensa ante actos que afecta su seguridad en donde sus autores, verdaderas organizaciones criminales, se valen de menores para delinquir*” y también “...*el mayor peso de las sanciones sobre los que comprendiendo la criminalidad de sus actos cometen delitos exponiendo a los menores de los que se valen de graves... consecuencias*”; b) 1350-D-02, en el que la diputada Roy sostiene: “...*es nuestra preocupación preservar los menores e intentar que no sean educados ni influenciados hacia el delito*...”; c) 2002 -D-02, en el que la diputada Martínez cita la Resolución n° 45/115 de la Asamblea General de la ONU en cuyos considerandos se hace referencia a la *utilización de niños como instrumento* de los adultos para actividades delictivas, por

lo que se recomienda a los estados adopten medidas para que se apliquen sanciones adecuadas a los adultos instigadores y autores de delitos y no a los niños que hayan sido implicados, que en realidad son víctimas de delincuencia...”; d) 2248-D-02, en el que el diputado Martínez Llano hace referencia a la inclusión de menores en las actividades delictivas por parte de mayores “...por causa de inimputabilidad de los mismos, así como también por la ventaja física de la que gozan, ya que pueden acceder a determinados lugares más fácilmente que un adulto, sin dejar de lado la mayor velocidad que ejercen para escapar del lugar de los hechos...” lo que justifica penar “...a quienes así lo hicieren al intentar reducir a un menor de edad en un instrumento delictivo...”.

De igual modo, en el debate parlamentario ocurrido en el Senado (orden del día n° 936) se sostuvo: a) senador Agúndez: “...se agravan las penas para aquellos mayores que se valgan de menores...” y “...es decir, disuadir a los mayores para que no utilicen a los menores de edad en sus delitos...”; b) senadora Conti: “...voy a apoyar un incremento de la escala punitiva cuando los mayores delincan haciendo uso de menores para causarles a los menores la represión penal, evadiendo de esa forma la acción de la justicia...”; c) senador Pichetto: “...el proyecto tiene alta razonabilidad porque busca aumentar las penas que les corresponderían a aquellos mayores que usen a menores...”.

En este mismo sentido, opinó el catedrático Gustavo Vitale quien ha señalado, refiriéndose a la agravante en cuestión que “...A diferencia de lo que irrazonablemente podría entender una interpretación sólo del texto de la ley (que no busque una explicación plausible en la que pueda sustentarse), la única interpretación posible (de la citada causal de agravación genérica de las penas previstas para los delitos de la parte especial) es aquella que la entienda referida a los casos en los que un adulto utilice a un menor de 18 años como instrumento para evitar su punibilidad, es decir aquellos supuestos en los que el mayor obra en el hecho como autor mediato, haciéndolo a través de un joven como instrumento no punible (o sometido a un régimen penal especial más benigno). Tal sería el caso en el que un adulto, para no resultar penalizado, manda a un joven a ingresar a un inmueble para apoderarse de una suma de dinero, repartiéndose luego el botín cuando el niño o adolescente se lo lleva al lugar en el que el primero queda esperándolo. Sería también el caso en el que un adulto obliga a un joven de menos de 18 años a intervenir en un hecho, bajo amenaza de causarle un mal grave e inminente. La

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 500000925/2010/TO1/CNC1

fundamentación aludida es la única que, al menos, ofrece alguna explicación atendible del irrazonable aumento de la escala penal prevista legalmente para el adulto que delinque en estas circunstancias..." (VITALE, Gustavo L.: "Artículo 41 quater del Código Penal [adultos que se valen de menores para delinquir]", en Revista Pensamiento Penal, edición del 17/12/2006, Doctrina, 13712, p. 3).

En el caso concreto, entiendo que la postura asumida por los magistrados sentenciantes pasa por alto la circunstancia de que, con base en lo acreditado en el debate, la aplicación de la agravante a C. V. por el solo hecho de elaborar una versión dirigida a desvincularse del episodio, fundando su pretendida inocencia en un proceder mendaz del precitado, quien habría omitido alertarlo respecto del origen ilícito de la tenencia del automotor, roza insalvablemente su derecho a no autoincriminarse, constitucionalmente preservado.

Aun sin tomar en consideración otros elementos de juicio integrantes del suceso que se ha intentado reconstruir, asegurada, en base a la prueba cargosa colectada, la materialidad del ilícito y la presencia de ambos encartados a bordo del vehículo sustraído, el intento de C. V. de descargar en el menor de edad toda responsabilidad acerca del ilícito se yergue como una hipótesis que el juzgador pudo haber estimado confirmada o desechable; pero no le era dado valerse de ella, sin el apoyo en probanzas que permitan predicar un aprovechamiento previo o concomitante de la condición etaria de P., para agravar la eventual respuesta punitiva a asignarle, a riesgo de contravenir garantías asentadas en la máxima jerarquía normativa.

Voto, pues, por retraer el encuadre de la conducta probada a V. A. C. V. al de robo agravado por haberse cometido respecto de un vehículo dejado en la vía pública, en calidad de coautor (arts. 45 y 167 inciso 4° en función del art. 163, inciso 6° del Código Penal).

9) En lo relativo al resto de los agravios planteados por la defensa, adhiero a la solución propuesto por el colega preopinante Dr. Horacio Días, por compartir, en lo sustancial, los argumentos vertidos.

II. La situación de P. A. P.

1) Conforme se desprende en el considerando 1 del presente fallo el Tribunal Oral de Menores n° 3, resolvió respecto de P. A.

P.: “7) DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE A P. A. P. ... por considerarlo coautor del delito de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública -causa n° 6406- (arts. 45 y 167 inc. 4° en función del 163 inc. 6° del C.P.)... 8) DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE A P. A. P. ... por considerarlo coautor del delito de robo agravado por haber sido cometido con armas -causa n° 6075- (arts. 45, 166 inc. 2° C.P). 9) DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE A P. A. P. ... por considerarlo coautor del delito de encubrimiento agravado por haber recibido cosas o efectos provenientes de un ilícito, con conocimiento de su origen espurio y con ánimo de lucro -causa n° 6212- (arts. 45, 277 inc. 1° b, inc. 2° e inc. 3°, apartado b del C.P) 10) DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE A P. A. P. ... por considerarlo coautor del delito de robo simple en grado de tentativa -causa n° 6133- (arts. 42, 44, 45 y 164 del C.P). 11) DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE A P. A. P. ... por considerarlo autor del delito de encubrimiento agravado por haber sido cometido con ánimo de lucro -causa n° 6461- (arts. 45, 277 inc. 1° c, inc. 3°, apartado b, del C.P) 12) DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE A P. A. P. ... por considerarlo coautor del delito de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa -causa n° 6261- (arts. 42, 44, 45, 167 inc. 4° en función del art. 163 inciso 6° del C.P). 13) DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE A P. A. P. ... por considerarlo coautor del delito de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa -causa n° 6165- (arts. 42, 44, 45, 167 inc. 4° en función del art. 163 inciso 6° del C.P) 14) DECLARAR PENALMENTE RESPONSABLE A P. A. P. ... por considerarlo autor de los delitos de hurto de automotor dejado en la vía pública en concurso real con encubrimiento agravado por haber sido cometido con ánimo de lucro en concurso real con supresión de la numeración de un objeto registrable -causa n° 7022- (arts. 45, 55, 163 inc. 6°, 277 inc. 1° c y 3° b y 289 inc. 3° del C.P). A su vez, el 8 de julio de 2015 el mismo tribunal resolvió “1) CONDENAR a P. A. P. ... a la PENA DE SIETE AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, en orden al delito de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública -causa 6406- y por los delitos de robo agravado por haber sido cometido con armas- causa n° 6075- encubrimiento agravado por haber recibido cosas o efectos provenientes de un ilícito, con conocimiento de su origen espurio y con ánimo de lucro-causa n°6212-, robo simple en grado de tentativa-

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 500000925/2010/TO1/CNC1

causa n° 6133- encubrimiento agravado por haber sido cometido con ánimo de lucro-causa n° 6461- robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa- causa n° 6261- robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública en grado de tentativa- causa n° 6165- hurto de automotor dejado en la vía pública en concurso real con encubrimiento agravado por haber sido cometido con ánimo de lucro en concurso real con supresión de la numeración de un objeto registrable- causa n° 7022, todos ellos en concurso real entre sí, por los que fuera declarado penalmente responsable con fecha 17 de junio de 2015. A dicha sanción se arribó luego de aplicar la reducción prevista en el art. 4 de la ley 22.278. (Arts. 12, 29 inc. 3, 42, 45, 55, 163 inc. 6°, 164, 166 inc. 2°, 167 inc. 4° en función del 163 inciso 6°, 277 incisos 1° b. y c., 2°, y 3° b., 289 inciso 3°, y artículo 4° de la ley 22.278). 2) CONDENAR a P. A. P. ... a la PENA ÚNICA DE OCHO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES Y COSTAS, comprensiva de la pena de siete años y tres meses de prisión, accesorias legales y costas impuesta en el punto dispositivo 1) y la pena única de cinco años de prisión, accesorias legales y costas impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 en las causas n° 3822/4395, que a su vez comprende la pena de cuatro años de prisión, accesorias legales y costas y la pena de tres años de prisión en suspenso y costas impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 4 de La Matanza en el marco de la causa n° 4832, cuya condicionalidad se revocó (art. 58 del C.P)”.

2) Contra dicha resolución el patrocinio oficial que actuó en esa coyuntura procesal, planteó tres agravios: a) afectación al principio acusatorio, al derecho de defensa, la garantía de imparcialidad y la prohibición de la *reformatio in pejus*; b) errónea aplicación de la ley sustantiva por desconocimiento de los principios básicos en materia penal juvenil, por una indebida construcción de la escala penal; c) nulidad de la sentencia, pues luego del debate los jueces no resolvieron la situación de P., sino que designaron una audiencia oral a tal efecto, sin ofrecer su veredicto hasta pasados diez días hábiles de su celebración.

En lo sustancial, tales argumentos, fueron mantenidos por su actual defensor particular, en la audiencia prevista en los arts. 465 y 468 del CPPN.

3) Al comparecer a la audiencia en cuestión, la Sra. Fiscal, Dra. Patricia Quirno Costa, expresó los fundamentos por los cuales solicitó

la pena de tres años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, de conformidad con lo previsto en el art. 4 de la ley 22.278, los principios concordantes de la Convención de los Derechos del Niño y restante legislación vigente en nuestro país. Asimismo, requirió la pena única de seis años y once meses de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la mencionada precedentemente y de la pena única de cinco años y seis meses de prisión, accesorias legales y costas, impuesta el 1 de junio de 2015 por el Tribunal Oral en lo n° 25 –que a su vez comprendía la pena de un año y tres meses de prisión impuesta en esa causa y la pena también única de cinco meses de prisión, accesorias legales y costas impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 en la causa n° 3822/4395-.

En este sentido, refirió que ingresó a la escala penal a través del mínimo mayor de los delitos imputados –robo con armas- teniendo en cuenta la disminución de pena establecida en el art. 4 de la ley 22.278 –esto es, dos años y seis meses-; valoró que no había ningún hecho violento; la corta edad de P. al momento de los hechos; el tiempo transcurrido desde la comisión de los sucesos imputados y la resolución de los mismos; que estuvo internado once meses como menor; las particulares circunstancias personales por las que atravesaba y su difícil historia de vida; que se encontraba cumpliendo pena como mayor, en cuyo transcurso se encontraba temporalmente cerca de poder acceder a la libertad condicional; todo ello evaluado bajo la premisa del interés superior del niño, conforme los tratados internacionales, la Convención, la legislación nacional vigente ya señaladas y la función socioeducativa que debe tener la pena en el proceso penal juvenil.

En definitiva, tanto la defensa como la fiscal, solicitaron que se anulara el fallo del Tribunal Oral de Menores n° 3 y se respetara la pena pactada por las partes, toda vez que, si sólo se anula el fallo, P. seguiría teniendo ocho causas abiertas sin resolución, agravando su situación procesal por las causas que se le siguen por hechos cometidos cuando era menor de edad.

4) Antes de ingresar al tratamiento de los agravios, es oportuno realizar algunas aclaraciones. El menor P. registra las siguientes causas en su contra: 1) 6075, iniciada el 23 de junio de 2009 en orden al

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 500000925/2010/TO1/CNCI

delito de robo con armas; 2) 6133, iniciada el 4 de septiembre de 2009 en orden al delito de robo en grado de tentativa; 3) 6155, iniciada el 4 de septiembre de 2009 en orden al delito de robo de vehículo dejado en la vía pública; 4) 6212, iniciada el 14 de agosto de 2009 en orden al delito de robo de vehículo dejado en la vía pública; 5) 6261, iniciada el 14 de septiembre de 2009 en orden al delito de robo de vehículo dejado en la vía pública; 6) 6461, iniciada el 6 de mayo de 2010 en orden al delito de encubrimiento agravado; 7) 7022, iniciada el 18 de abril de 2011 en orden al delito de robo de vehículo dejado en la vía pública; y 8) 6406, iniciada el 12 de agosto de 2010 en orden al delito de robo de automotor dejado en la vía pública.

Por la última de las causas mencionadas, se inició audiencia de juicio el día 5 de junio del 2015, en la que también se encontraba imputado V. A. C. V. Al momento de efectuar su alegato, la representante del Ministerio Público Fiscal indicó que, respecto del menor, había llegado a un acuerdo con el imputado y su defensa por el resto de las causas, presentación que efectuó una vez finalizada la audiencia. En definitiva, solicitó la pena mencionada en párrafos precedentes, por la totalidad de los procesos incoados

Posteriormente, con fecha 17 de junio de 2015, se declaró penalmente responsable al menor P. por los hechos detallados precedentemente y se fijó audiencia para el 24 de ese mismo mes y año con el objeto de resolver la situación definitiva del menor en los términos del art. 4 de la ley 22.278. En esa última fecha -24/6/15- se dieron a conocer los fundamentos de la declaración de responsabilidad.

Finalmente, el 8 de julio de 2015 el Tribunal de Menores impuso la pena detallada en el párrafo II.1 alejándose notoriamente de la pactada por las partes.

5) Para imponer la pena en cuestión los jueces dijeron *“(a)hora bien la sumatoria de las penas detalladas en los pactos homologados por este Tribunal se traduce en la sanción de 14 años y 6 meses de prisión.- En cuanto al acuerdo arribado entre la Fiscalía General y la Defensoría ‘Ad Hoc’ plasmado en la audiencia celebrada, no surge fundamento alguno que permita apartarse del marco legal establecido por la normativa vigente, tal y como lo pretenden las partes citadas, quienes han solicitado*

la imposición de un pena por debajo del límite legal (...) entonces si la sumatoria como se especificó llegaba a 14 años y seis meses de prisión, la reducción de dicha pena de acuerdo a los parámetros del art. 44 del C.P no puede ser otra que la de siete años y tres meses de prisión,-como mínimo- accesorias legales y costas”; agregaron los magistrados que la pena acordada “no se encuentra ajustada a derecho, sin que se verifique fundamento legal alguno para apartarse de la normativa citada- art.4 de la ley 22.278-, fundamento que por otra parte, no fue plasmado en el acuerdo presentado por los peticionantes, ni despejado durante la audiencia celebrada para justificar la considerable reducción propuesta que llegaría, de aceptarse, no a la imposición de la mitad de la pena sugerida por la ley sino al cuarto de aquella”; y finalmente concluyeron que “(l)a disposición de la acción que tiene el Ministerio Público, incluso en un sistema netamente acusatorio, que aún no rige, nunca puede ser en contra de una norma de orden público”.

6) Llegado el momento de expedirme acerca de la cuestión, adelantaré que asiste razón a la defensa en cuanto a lo peticionado, por los argumentos que a continuación expondré.

En primer lugar, si bien no está expresamente establecido en el Código Procesal vigente, la corriente jurisprudencial contemporánea decantó en un sistema acusatorio suficientemente perfilado como para impedir a los jueces expedirse por fuera del marco del hecho objeto del proceso, calificación legal y pretensión punitiva señalados por el acusador, como promotor de la acción penal y representante del Estado.

El argumento utilizado por los magistrados firmantes del fallo que se analiza para modificar la pena -en forma más gravosa- es una consideración alejada de la base sobre la que reposa aquel principio, cimentado por nuestra máxima instancia judicial.

En ese sentido, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: “...la función jurisdiccional que compete al tribunal de juicio se halla limitada por los términos del contradictorio, pues cualquier ejercicio de ella que trascienda el ámbito trazado por la propia controversia jurídica atenta contra la esencia misma de la etapa acusatoria del modelo de enjuiciamiento penal adoptado (...); máxime si se tiene en cuenta que en el logro del propósito de asegurar la administración de justicia, los jueces no deben estar cegados al principio de supremacía constitucional para que esa función sea plena y cabalmente eficaz (confr. doctrina de Fallos: 308:490 y 311:2478, entre

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 500000925/2010/TO1/CNCI

otros)...” (C.S.J.N., Sentencia 219.XLIV, Fallos 333:1687, c. 21.923/02, “Sandoval, David Andrés s/ homicidio agravado”, rta.: 31/08/10, Cons. 18°); “*la circunstancia de que el deber ser no haya llegado a ser por la vía legislativa no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de siglo y medio*” (CSJN, Casal, rto. 20/9/05).

Aun aceptando –por hipótesis– la normalidad institucional de ese método alternativo de resolución del proceso en materia penal –sin perjuicio de las consideraciones que más adelante efectuaré–, el resorte ideado por el Tribunal Oral para lograr, a un tiempo, la subsistencia de un fallo recaído como culminación de un proceso ordinario y la regularización de un acuerdo de juicio abreviado sin respetar el máximo de la pena convenida, transgrede los principios de defensa en juicio, cosa juzgada y *ne bis in idem*, como ha sabido apuntarlo en un caso análogo la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal en el fallo CN 9467, “Pucheta, Carlos Daniel s/ recurso de casación, resuelta el 21 de mayo de 2009.

7) Sentado lo expuesto, por añadidura, nos encontramos ante la resolución de un caso en el que se encuentra en juego la situación de un menor de edad, por lo cual deben considerarse especialmente las particulares características del sistema penal juvenil.

Cuando se trata de abordar la respuesta estatal frente a los delitos cometidos por menores de edad, se debe realizar una correcta interpretación del art. 4 de la ley 22.278 –aquí puesta en crisis– a la luz de las disposiciones de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

La norma en cuestión contiene el principal resorte aprovechable de una ley que –en puridad de doctrina– debería haber sucumbido tras la aprobación para nuestro ordenamiento jurídico del referido instrumento internacional y resultar convenientemente reemplazada por otra más acorde con dicho texto.

Tal como supo señalarlo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un difundido precedente (“Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de Daniel Enrique Maldonado”, causa n° 1174, resuelta el 7/12/2005), el referido artículo 4° reconoce la facultad e impone el deber del

juez de ponderar la necesidad de la pena (considerando 21), concepto que “*en modo alguno*” puede ser equiparado a “*gravedad del hecho*” o a “*peligrosidad*”, sino que –por el contrario– “*la razón por la que el legislador concede al juez una facultad tan amplia al momento de sentenciar a quien cometió un hecho cuando aún era menor de 18 años se relaciona con el mandato de asegurar que estas penas, preponderantemente, atiendan a fines de resocialización, o para decirlo con las palabras de la Convención del Niño, a ‘la importancia de promover la reintegración social del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad’ [art. 40, inc. 1º] (considerando 22). Más aún: que la exigencia derivada del ‘mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, PIDCP)’*”, traducida en la admonición de no desentenderse de los posibles efectos de una pena, desde el punto de vista de la prevención especial positiva, se convierte –en el caso de los menores– en la **obligación** de “*fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento*” (considerando 23).

El enorme poder atribuido al juez por la ley que aún subsiste, facultándolo –de una parte– a absolverlo o a aplicarle una pena disminuida, a despecho de la comprobación de su responsabilidad respecto del hecho investigado y –de otra– a disponer definitivamente de él, inclusive cuando se demostrare que el menor no ha tenido vinculación alguna con el hecho investigado, en caso de estimar que se encuentra en estado de abandono, o de peligro material o moral (arts. 2 *in fine* y 4 de la ley 22.278), sólo logra retener legitimidad si se lo entiende destinado a armonizar principios tales como los contenidos en los artículos 37 literal c, y 40 numerales 3 y 4 de la Convención Internacional con la condición primordial del interés superior del niño consagrado en el artículo 3 de dicho instituto internacional. Lejos de ello, en el caso analizado se ha erigido un híbrido ritual en cuyo decurso se logró el consenso entre las partes en punto a determinada respuesta punitiva precedido por una viciada admisión del menor respecto de su responsabilidad penal y sucedido por una decisión

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 500000925/2010/TO1/CNC1

judicial que ni siquiera respetó aquel acuerdo, cuando se había obrado, claramente, concatenando tal convenio con la subsiguiente actuación del Tribunal. Este último extremo es inocultable si se advierte que la Sra. Fiscal General aprovechó el alegato regido por el art. 393 CPPN para anunciar el acuerdo al que había arribado con su contraparte.

El Comité de los Derechos del Niño ha recomendado oportunamente a los Estados Parte asegurar la total implementación en la justicia penal juvenil a los estándares de la Convención Internacional del Niño en particular a sus arts. 37, 39 y 40, así como a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing) y a la Guía de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Reglas de Riad). Así se ha pronunciado, v.gr., en el apartado 47 del expediente “Dominica - CRC/C/15/Add.238. 2004”, del 30 de Junio de ese año). Tales normas resultan, pues, de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores, obligando a un cuidadoso estudio previo y a su reducción “al mínimo posible”, como lo dispone el artículo 17.1.b. de las citadas Reglas Mínimas.

Por otro lado, el citado Comité, intérprete primordial de la Convención, en la Observación General n° 10, del 25 de abril de 2007, con el objeto de proporcionar una guía respecto del alcance que debe dársele al “interés superior del niño”, consagrado en el artículo 3, primer párrafo de dicho texto, señaló: *“10. (...) Los niños se diferencian de los adultos tanto en su desarrollo físico y psicológico como por sus necesidades emocionales y educativas. Esas diferencias constituyen la base de la menor culpabilidad de los niños que tienen conflictos con la justicia. Estas y otras diferencias justifican la existencia de un sistema separado de justicia de menores y hacen necesario dar un trato diferente a los niños. La protección del interés superior del niño significa, por ejemplo, que los tradicionales objetivos de la justicia penal, a saber, represión/castigo, deben ser sustituidos por los de rehabilitación y justicia restitutiva cuando se trate de menores delincuentes. Esto puede realizarse al mismo tiempo que se presta atención a una efectiva seguridad pública”*.

En clara sintonía con esa observación se expidió el máximo Tribunal argentino, en el ya recordado precedente “Maldonado”, al sostener

que: ““en el marco de un derecho penal compatible con la Constitución y su concepto de persona no es posible eludir la limitación que a la pena impone la culpabilidad por el hecho, y en el caso particular de la culpabilidad de un niño, la reducción que se deriva de la consideración de su inmadurez emocional o afectiva universalmente reconocida como producto necesario de su etapa vital evolutiva, así como la inadmisibilidad de la apelación a la culpabilidad de autor, por resultar ella absolutamente incompatible con nuestra Ley Fundamental. En tales condiciones, no resta otra solución que reconocer que la reacción punitiva estatal debe ser inferior que la que correspondería, a igualdad de circunstancias, respecto de un adulto.–conforme el voto de la mayoría– (C.S.J.N. M. 1022. XXXIX. Recurso de hecho, “Maldonado, Daniel Enrique y otro s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, causa N° 1174”, rta. 7/12/05).

En definitiva, la Convención del Niño, los documentos internacionales relacionados con la materia mencionados precedentemente y la doctrina de nuestro máximo órgano colegiado, determinan la aplicación ultra restrictiva de la privación de la libertad, su imposición por el tiempo más breve que proceda y la garantía del derecho de los jóvenes en punto a su reintegración y asunción de una función constructiva de la sociedad. La respuesta punitiva es la excepción y sólo puede tener un fin preventivo especial, resultando aplicable cuando han fracasado las medidas educativas y correctivas que se adviertan necesarias en cada caso en particular.

Si han de tomarse en serio los derechos del niño, debe reconocerse que, además de ser titular de los derechos constitucionales que integran el debido proceso, por su misma condición de niño, es titular de derechos e inmunidades especiales respecto de los adultos, en lugar de condenarlo a padecer lo peor de los dos mundos, sin las garantías acordadas a los adultos ni los cuidados formalmente prometidos por su condición de menor, como lo ha puntualizado la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, en ("*Kent v. United States*", 383 U.S. 541, 1966) y lo ha recogido nuestro cimeró Tribunal.

8) El procedimiento plasmado en la causa que nos toca revisar parece evidenciar un extravío de la brújula normativa de jerarquía

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 500000925/2010/TO1/CNCI

constitucional que aquí invocamos y acaba por configurar una muestra de esa paradójica inversión de lo que debe ser, cuando de niños se trata.

Dejando de lado el óbice representado por la contrariedad del llamado juicio abreviado con el artículo 18 de la Ley Fundamental, en esta ocasión, no sólo se ha desatendido –como se señaló– lo acordado entre la representante del Ministerio Público Fiscal y la defensa técnica de P., excediendo indebidamente la pretensión punitiva del órgano específico, sino que se ha construido una escala penal artificiosa, amañando una suma aritmética de los mínimos de las escalas penales en danza, a la hora de calcular la pena a imponer, lejos del mandato referido a la reducción al mínimo posible de la respuesta penal y de las propias leyes del concurso de delitos, para luego retornar a la mecánica del juicio abreviado, a fin de beneficiarse con los diez días que provee el artículo 431 *bis*, inciso 3° del Código Procesal Penal de la Nación, en lugar de los cinco que dispone –y como excepción, valga recordarlo– el segundo párrafo del artículo 400 del mismo ordenamiento legal vigente.

Tales vicios conducen a la anulación global de la sentencia recurrida respecto del encausado P., por cuanto, en el marco de un proceso tramitado por la vía ordinaria, se obtuvo una confesión del nombrado, en tren de vincular el tratamiento del hecho ventilado en la causa n° 6406 (arts. 45 y 167, inciso 4° del Código Penal) con el de los siete restantes a él imputados, sometidos, por acuerdo de las partes, a un ritual del denominado “juicio abreviado”, configurándose así un apartamiento injustificado de las normas procesales vigentes (arts. 18 de la Constitución Nacional, 167, 168, 172 y ss., 456, inciso 2°, 471 del Código Procesal Penal de la Nación).

Sentado lo anterior, entiendo que se debe absolver a P. A. P. respecto del hecho que fue materia de debate (proceso n° 6406), toda vez que conducirlo a un nuevo juicio implicaría quebrantar la regla que veda la doble persecución penal, conforme a la jurisprudencia consolidada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos “Sandoval”, “Kang” y “Olmos”, entre otros, sin que quepa situar en cabeza del imputado los vicios de procedimiento que se han advertido en esta instancia (arts. 18 de la

Constitución Nacional y 1° *in fine*, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Respecto del acuerdo de juicio abreviado celebrado con relación a los restantes hechos atribuidos a P., corresponde declarar la inconstitucionalidad del procedimiento introducido mediante la ley 24.825, criterio que sostengo –con mínimas modificaciones– desde mi voto disidente en la causa “Waszyliszyn, M. A.” del Tribunal Oral en lo Criminal N° 20, resuelta el 29 de setiembre de 1997, hasta la fecha, a cuyos fundamentos me remito en homenaje a la economía procesal.

Mas es inocultable que esa solución, que implicará a esta altura de los acontecimientos, la reapertura de siete procesos respecto de P. A. P., deberá quedar –en base a las razones apuntadas por el colega Magariños– sujeta a una condición: de imponerse una condena a P., ésta no podrá exceder el monto requerido en su momento por la Sra. Fiscal General. Cualquier decisión que ignore ese límite, tras tanto desaguisado procesal, haría tabla rasa con las disposiciones convencionales citadas y con la doctrina largamente expuesta en párrafos precedentes. Con esas salvedades adhiero al voto precedente.

Tal el sentido de mi voto.

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 de V. A. C. V. y, en consecuencia, **CASAR PARCIALMENTE** la sentencia recurrida, **DEJAR SIN EFECTO** la aplicación de la agravante prevista en el art. 41 *quater* del Código Penal a los hechos por los que el nombrado fue condenado y que se calificaron como constitutivos del delito de robo agravado por tratarse de un vehículo dejado en la vía pública (artículos 45 y 167, inciso 4°, en función del 163, inciso 6°, del Código Penal) y **REMITIR** las actuaciones a fin de que otro tribunal oral determine el monto de pena a imponer al señor C. V., conforme a la escala legal aplicable al caso; sin costas en esta instancia

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 50000925/2010/TO1/CNC1

(artículos 456, inciso 1º, 470, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. ANULAR PARCIALMENTE la resolución dictada fs. 268/269 y 285/300, en cuanto declara penalmente responsable al señor P. A. P. respecto de los hechos investigados en los procesos 6406, 6075, 6212, 6261, 6165, 6461, 7022 y 6133 y, en consecuencia, **ANULAR** la resolución de fecha 8 de julio de 2015 (fs. 310/315), por la que se condena a P. A. P. a la pena de siete años y tres meses de prisión, accesorias legales y costas, en orden a los hechos por los que fue declarado responsable en los procesos mencionados, y a la pena única de ocho años de prisión, accesorias legales y costas, comprensiva de la sanción anterior y de la pena única de cinco años de prisión, accesorias legales y costas impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 16 en las causas n° 3822/4395; sin costas (artículos 167, 168, segundo párrafo, 172 y cctes., 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

III. ABSOLVER a P. A. P. respecto del hecho objeto del juicio celebrado en el marco del proceso n° 6406; sin costas (artículos 18 y 33 de la Constitución Nacional y artículos 1 *in fine*, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

IV. DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD de la ley 24.825 y del artículo 431 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación y **HACER SABER** al tribunal de origen lo aquí resuelto a fin de que remita a sorteo las actuaciones para que, una vez radicadas ante otro tribunal, en los procesos n° 6075, 6212, 6261, 6165, 6461, 7022 y 6133, se cite a las partes a juicio en los términos del art. 354 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuyo marco, la pretensión punitiva y la eventual condena respecto de los hechos no deberá exceder el monto ya solicitado por la representante del Ministerio Público Fiscal y, a su vez, receptado por el órgano jurisdiccional (artículos 1, 18 y 118 de la Constitución Nacional).

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

HORACIO L. DIAS

MARIO MAGARIÑOS

LUIS F. NIÑO

Ante mí:

PAOLA DROPULICH
SECRETARIA DE CÁMARA