

Reg. n° 538/2017

/// la ciudad de Buenos Aires, a los 3 días del mes de julio del año 2017, se reúne la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Luis Fernando Niño (en reemplazo del juez Carlos Alberto Mahiques), Pablo Jantus y Mario Magariños, asistidos por la secretaria actuante, Paola Dropulich, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 445/453, en este proceso n° CCC 73956/2016/TO1/CNC1, caratulado “SCHMIDT, ERNESTO HUGO s/ resistencia o desobediencia a funcionario público”, del que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal n° 28 de esta ciudad, por sentencia del 1 de marzo del año en curso –en lo que aquí interesa–, resolvió:

“I.- No hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad del artículo 50 planteado por la Defensa.-

II.- Condenar a Hugo Ernesto Schmidt de las demás condiciones personales consignadas en autos a la pena de dos años y seis meses de prisión de cumplimiento efectivo y costas en orden al delito de atentado a la autoridad agravado por el uso de armas en concurso real con tenencia de arma de fuego de uso civil condicional sin la debida autorización legal en calidad de autor (art. 29 inc. 3°, 45, 55, 238 inc. 4° y 1°, 237 y 189 bis, punto primero, segundo párrafo del CP);

III.- Condenar a Pablo Francisco Jacobuzzio de las demás condiciones personales consignadas en autos, a la pena de siete meses de prisión de efectivo cumplimiento y costas en orden al delito de resistencia a la autoridad en calidad de autor (arts. 29, inc. 3, 45, y 239 del Código Penal);

IV.- Declarar a Pablo Francisco Jacobuzzio, reincidente en los términos del art. 50 del Código Penal.”

Para arribar al veredicto condenatorio, el Dr. Carlos Mariano Chediek –en su carácter de Presidente y actuando en calidad de juez unipersonal, conforme las prescripciones de la Ley 27272–, tuvo por probados los hechos que merecieron la descripción por parte del fiscal actuante al momento de emitir su alegato, conforme se desprende de la expresión del magistrado al “*hacer suyos los dichos del Sr. Fiscal*” (fs. 431/vta.)

Así, puede leerse del acta de debate (fs. 426/vta. y 427) que el representante del Ministerio Público Fiscal, al momento de alegar, textualmente refirió que “*(e)n cuanto a la intimación –da lectura a los hechos descriptos en el requerimiento-. Agrega: tenemos que el día 11 de diciembre de 2016 a las 14.10 hs. mientras los aquí imputados Schmidt y Jacobuzzio estaban en Libertador y Cdno. Rivadavia por alerta de Comando arribaron móviles al lugar por dos personas en actitud sospechosa y con fines delictivos. Concurrieron Barrios de la Comisaría 35° secundados por Eulogio y Núñez en un móvil no identificable. Cuando toman contacto visual con los imputados, en determinado momento y dado que Schmidt apunta en dirección de la comitiva policial, generó el pedido de refuerzos por parte de los policías para lo cual concurrieron distintos efectivos como Romero y también Barrios. Para esto ambos imputados intentaron, cuando se les acerca el personal policial, un forcejeo, una resistencia, previo a todo arroj(ó) Schmidt su arma dentro del Club Defensores de Belgrano. Eulogio detiene a Schmidt, después de realizar distintas maniobras, causándole lesiones a Eulogio las que fueron certificadas como leves en su pierna izquierda y al mismo tiempo se procede a la detención de Jacobuzzio, quien tenía franca oposición y resistencia frente al personal policial. A partir de esta, sufrió Núñez lesiones por parte de Jacobuzzio. Finalmente se logró el secuestro del arma en el interior del Defensores de Belgrano que era un rev(ó)lver calibre 38, sin cartuchos de bala en su interior y con número de serie 1477. Este rev(ó)lver, que luego se pudo determinar que no tenía autorización para su portación o tenencia, siendo el mismo apto para disparos pero de funcionamiento anormal”.*

Ahora bien, los fundamentos del fallo fueron dados a conocer oralmente el mismo día en que se emitió el veredicto, en el marco de la audiencia de debate.

Así, resultando pertinente para la sustanciación del caso que se plasmen en su integridad, en tanto y cuanto la recurrente se agravio – en líneas generales– de que la condena recaída a sus asistidos fue dictada sin motivación suficiente que la avale como acto jurisdiccional válido, del acta respectiva se lee que el magistrado *“(t)iene por ciertos los dichos de Barrios y hace suyos los dichos del Sr. Fiscal. Schmidt le apuntó y no advierte disparidad entre los preventores y si la hay se debe al estrés propio del momento. Barrios tenía chaleco identificatorio y el polarizado –del automóvil-, no es óbice para detectar que es mujer policía. Con respecto a la tenencia, tengo por cierto el hecho por la confesión de Schmidt y la preventora dijo que lo tenía. La calificación es porque es un delito de peligro y el hecho de no tener proyectiles no es suficiente ya que si no ser(í)a portación. Resalta la tarea de la Defensora (de) tratar de torcer el curso del proceso. Con respecto a la reincidencia, toma la jurisprudencia pac(í)fica del Tribunal y tiene en cuenta a los fines de la individualización de la pena tiene en cuenta la discapacidad de Ja(co)buzzio, su escasa educación, su contexto familiar. Respecto de Schmidt no encuentra atenuantes y sí conductas contrarias a la ley, tiene en cuenta una causa de este Tribunal vinculada al tema de armas. Eso es todo”* (fs. 431/vta.)

II. Contra esa pieza procesal, la defensa oficial interpuso recurso de casación (fs. 445/453), el que fue concedido a fs. 464 por el tribunal de juicio.

III. Radicadas las actuaciones en esta instancia, se reunió en acuerdo la Sala de Turno de esta Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, cuyos integrantes decidieron otorgar al recurso el trámite previsto en el art. 465 del Código Procesal Penal de la Nación (fs. 471).

En término de oficina, la defensa pública oficial, encargada de representar los intereses tanto de Schmidt como de Jacobuzzio reeditó los fundamentos de los agravios interpuestos en el recurso que originó la incidencia, y mantuvo la reserva del caso federal (fs. 474/481).

Asimismo, en el marco de esa presentación, el recurrente renunció a la audiencia prevista en el art. 465, último párrafo, del ritual, solicitando pasen los autos a resolver, lo que así se dispuso (fs. 483).

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

Y CONSIDERANDO:

El juez Luis Fernando Niño dijo:

1. Tanto en su escrito recursivo como en aquel presentado en término de oficina, la parte se agravió acerca de la arbitrariedad técnica de la sentencia, primero en términos generales y luego ahondando en la existencia de ese mismo vicio, particularmente, en lo que respecta a la valoración de la prueba, la calificación legal y la mensuración de la pena; circunstancia que –a su entendimiento– la descalifican como acto jurisdiccional válido (art. 456 inc. 2º CPPN).

a) En lo relacionado con la primera cuestión traída a estudio, la defensora comenzó por señalar que el fallo resultó nulo por su manifiesta arbitrariedad. Consecuentemente, solicitó su revocación y posterior absolución de sus asistidos, esto último conforme el criterio adoptado por la Sala I en el precedente “Herrera Serrano” (rto.: 11.11.16).

En esa tarea, comenzó por dejar en claro que la entrada en vigencia de la Ley 27272 y la creación de los juicios unipersonales en ningún modo modificaron el capítulo II, del libro III, CPPN, en cuanto establece cómo deben desarrollarse las audiencias, las actas del debate y la sentencia. Concretamente, la aludida reforma sólo alteró las situaciones previas al debate.

Agregó que se vio sorprendida por la exposición oral de los fundamentos, no por estricto formalismo, sino por la propia manifestación de las razones que motivaron el fallo. Ellas, a su entender, no cumplieron con los requisitos previstos en los arts. 398 y 399 del digesto ritual debido a que no satisfacen los mínimos recaudos de motivación, por tratarse de una exposición de premisas sin fundamento alguno.

De tal modo, prosiguió la recurrente afirmando que el fallo recurrido afecta la razonabilidad de las decisiones jurisdiccionales, priva a esa parte de conocer los motivos de la decisión, coarta el derecho al recurso y, con todo ello, la posibilidad de una defensa efectiva.

Asimismo, explicó que la arbitrariedad se encuentra plasmada en la falta de tratamiento de cuestiones alegadas por esa parte

al término del debate como, por ejemplo, la contradicción en la que habrían incurrido algunos testigos y que la conducta tipificada en el delito de tenencia, por las particularidades del caso, no constituiría delito alguno.

Por todo ello, descalificó la sentencia como acto jurisdiccional válido (art. 456, inc. 2º, CPPN) en tanto de la simple lectura de la pieza procesal recurrida se demuestra que aquella no superó el estándar mínimo de fundamentación necesario para resoluciones de aun mucha menor entidad dentro del proceso.

b) En un segundo orden, la defensa se ocupó de alegar que existió arbitrariedad al momento de valorar la prueba, cuando se asignó la calificación legal al suceso histórico acreditado y al mensurar la pena finalmente impuesta a ambos encartados.

En relación a la responsabilidad de sus asistidos, la recurrente destacó que el solo hecho de que *a quo* haya tenido por cierto o creído, sin más, lo que dijo uno de los testigos, no puede sustentar jamás una condena.

Explicó, además, que la remisión *in totum* al alegato del fiscal no resuelve la contradicción de los preventores en cuanto a que Schmidt los habría apuntado con el arma que tenía en su poder. En efecto, señaló que tres habrían sido las personas que vieron a los encartados cruzar la calle: Barrios dijo que apuntó hacia abajo, Núñez que siempre tuvo el arma en la cintura y Eulogio que apuntó hacia el piso y no hacia ellos.

A esa objeción sumó que el hecho de circular en un auto no identificable y con vidrios polarizados, demuestra que sus asistidos no advirtieron que los ocupantes del auto eran agentes policiales.

Por todo ello, en este punto, la recurrente concluyó en que la remisión irreflexiva del magistrado a la postura del Sr. Fiscal, la que a su vez describió como confusos y controvertidos los dichos de sus defendidos, tampoco abarca todos los hechos por los cuales fueron condenados, particularmente, al no hacerse mención a la situación de Jacobuzzio.

Ahora bien, en lo que concierne a la adecuación típica de las conductas reprochadas, la defensa se agravio acerca de que la

sentencia sólo abordó uno de los delitos que se endilgaran a sus asistidos, por cuanto nada se dijo con relación a los tipos penales de atentado y resistencia a la autoridad. Advirtió, asimismo, que en el caso de Jacobuzzio no se hizo siquiera una referencia de su situación cuando se valoró su responsabilidad por el hecho, como así tampoco al analizarse la calificación legal del hecho por el que se lo responsabilizó penalmente.

Indicó, por otra parte, que la sola mención del *a quo* respecto a que el delito de tenencia de armas resulta ser un “delito de peligro” no alcanza para superar el estándar de motivación previsto en el art. 123, CPPN, cuando lo que se cuestionó fue la tipicidad del concepto legal en cuestión, en función de que el revólver secuestrado a Schmidt no contenía proyectiles de bala.

En ese mismo orden, hizo referencia a que el solo hecho de afirmar que la agente Barrios tenía puesto su chaleco no alcanza para refutar la falta de dolo de los acusados, quienes no pudieron percatarse de que en el rodado –no identificable y con vidrios polarizados– viajaba personal policial.

En definitiva, la ausencia de análisis de estas cuestiones mereció para la defensa la sanción procesal de nulidad del fallo.

Finalmente, en lo que respecta a la mensuración de la pena impuesta a sendos imputados, la defensa reparó en que, con respecto a la situación de Jacobuzzio, si bien se valoraron tres atenuantes –su discapacidad, su escasa educación y su contexto familiar– y ningún agravante, la pena que se le impuso se encuentra más cerca del máximo legal que del mínimo.

Mientras que, en el caso de Schmidt, se agravió no sólo de la ausencia de valoración de atenuantes sino de que, también, el único agravante tenido en consideración –una causa en trámite ante el mismo tribunal “vinculada al tema de armas”– ya se encontraría resuelta, con un fallo que lo absuelve de la imputación que pesaba en su contra en ese expediente.

Conforme todo lo expuesto, la recurrente solicitó que se invalide la sentencia y, consecuentemente, se absuelva a sus defendidos de los delitos por los que recayó condena en su contra.

2. Ante todo, es del caso recordar que motivar la sentencia no representa un requisito más del debido proceso, sino el fundamento mismo de la aplicación de la pena, su fuente de legitimación (art. 18, CN); paralelamente, aquella –la sentencia– explica la decisión, cuál es la incriminación, quién su responsable y qué consecuencias jurídicas depara¹.

Puede decirse que la *motivación* configura una *garantía de garantías*, pues ella debe contener las razones de cada afirmación, atender los planteos de las partes y explicar por qué la decisión es legalmente correcta. Por su intermedio el juez describe y valora la prueba, mediante la cual establece los hechos objeto del proceso y define el derecho aplicable; eventualmente, esos argumentos desplegados son cuestionables en el recurso².

Así, la validez de las sentencias penales dependen de la motivación de los hechos allí fijados en un doble sentido: “interno”, porque la corrección de la norma aplicable al caso depende de la verdad del hecho juzgado, y “externo”, dado que ningún consenso permite la condena y sólo una motivación racional y legal la torna legítima³.

Ahora bien, la justificación del modo en que son determinados los hechos solo es posible en el juicio de mérito, y a su vez, tal motivación es la que habilita su control (recurso). De allí la importancia de exigir fundamentos exhaustivos de todos sus pasos: la admisión de la prueba, su valoración, las inferencias obtenidas de los datos emergentes de ellas y la articulación de las mismas para sustentar la base fáctica del fallo. El juez debe someter a control crítico las fuentes de su convencimiento (verificar autenticidad y credibilidad de la prueba), las deducciones formuladas de un enunciado fáctico a otro (los criterios de su razonamiento deben ser aceptables y lógicamente válidos) y los

¹ HERBEL, Gustavo A.; “Derecho del imputado a revisar su condena. *Motivación del fallo y derecho al recurso a través de las garantías constitucionales*”; Ed. Hammurabi; Buenos Aires; 2013; pág. 378.

² Cfr. FERRAJOLI, Luigi; “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal”; op. cit.

³ Ídem.

fundamentos de las conclusiones arribadas (sus elecciones deben estar justificadas racionalmente)⁴.

Si, en cambio, la intermediación con la prueba pudiera justificar decisiones discrecionales, libradas a la opinión subjetiva e incontrastable del juez (v.gr., otorgar credibilidad a un testigo porque expuso con seguridad), la configuración fáctica de las sentencia será incontrolable y por lo tanto arbitraria. El carácter dogmático de la decisión no define su error: puede acertar aun en el juicio más infundado y sin embargo ser arbitrario por no justificar su conclusión.

En definitiva, fundado es aquello de lo que se da razón; si la apreciación de la prueba no cumpliera este requisito, se abriría un espacio de discrecionalidad irreductible en los propios cimientos del juicio. No puede hablarse de decisión motivada si el juez no indica específicamente, y mediante argumentaciones racionales, las bases cognitivas, los criterios de valoración y las deducciones que justifican la ponderación probatoria y la conclusión que de ella deriva. No motivar adecuadamente estos aspectos implica el ejercicio arbitrario del poder jurisdiccional y la violación de una garantía fundamental del proceso⁵.

Por todo ello, la motivación no es un ejercicio reflexivo interno del juez, sino instrumento para el control de las razones de su decisión; con aquella las partes se persuaden de la corrección de lo decidido o, caso contrario, adquieren el material para reclamar su derecho ante la instancia ulterior, agraviándose de lo que se entiende erróneo; también será la motivación la que permite al tribunal revisor dirimir si el reclamo es acertado.

En suma, la motivación es el ámbito de control, tanto del proceso como de la decisión que en su consecuencia se adopta; garantiza a todas las demás garantías, y sin ella resultarían huérfanos de protección los derechos implicados en el litigio, al quedar sometidos al juicio discrecional de autoridades que no justifican sus actos⁶.

⁴ TARUFFO: "Algunas consideraciones sobre la relación entre la prueba y verdad", en "Doxa", 2003, año III, n° , p. 34; citado por HERBEL (op. cit. pág. 383)

⁵ Ídem, loc. cit.

⁶ Íbidem, pág. 386/vta.

Viene al caso apuntar que a nivel internacional, estos lineamientos han sido refrendados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros precedentes, en el caso “Apitz”⁷.

Allí, en el párrafo 77, se ha señalado con justeza que *la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”⁸. El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia⁹, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática.*

Y continúa, en el párrafo subsiguiente (78), remarcando que *el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias¹⁰. En este sentido, la argumentación de un fallo debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.*

Luego, en el ámbito doméstico, el estándar de motivación de los hechos ha sido fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Casal, Matías Eduardo”¹¹, conforme el método de reconstrucción histórico allí preestablecido, el cual se encuentra conformado por cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis¹².

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Sentencia de 5 de agosto de 2008. En http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf (consulta del 21.6.17)

⁸ Cfr. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez. Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 107. 83.

⁹ Así lo ha establecido la Corte Europea en el Caso Suominen. Cfr. Suominen v. Finland, no. 37801/97, § 34, 1 July 2003.

¹⁰ Cfr. Caso Yatama, supra nota 63, párrs. 152 y 153, y Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez, supra nota 83, párr. 107.

¹¹ Fallos: 328: 3329

¹² CSJN, “Casal, Matías Eduardo”, párrafo 30 del voto de la mayoría.

Hasta aquí, lo que se pretende es actualizar los conocimientos que advierten acerca de la importancia que reviste motivar adecuadamente los pronunciamientos judiciales.

3. Con base en el sucinto marco teórico señalado y en función de que los planteos desarrollados por la defensa se fusionan en la alegada arbitrariedad del fallo, corresponde que el tratamiento de las dos críticas –íntimamente vinculadas por su temática– sea realizado en conjunto.

Adelanto, pues, que lleva razón la defensa al solicitar la anulación del fallo en tanto y cuanto, de la lectura de los escuetos fundamentos plasmados en el acta de debate que –por añadidura– no han podido ser reproducidos desde el soporte audiovisual remitido a esta sede debido a su deficiente calidad de sonido, se advierte que la sentencia recurrida carece de motivación suficiente (art. 123, CPPN), circunstancia que, necesariamente, conduce a su invalidez como acto jurisdiccional (art. 404, inc. 2, CPPN).

Así, en lo que respecta a la acusación realizada a Schmidt, cifrada en el delito de atentado a la autoridad y tenencia de arma de fuego, la sola referencia del *a quo* en “*tener por ciertos los dichos de Barrios*” y “*hacer suyos los dichos del Sr. Fiscal*” omite fundar el juicio de credibilidad del testigo, sobre la base de expresar qué datos sensibles fueron percibidos y resultaron determinantes para la conclusión arribada; con lo cual no es posible controlar su racionalidad.

Paralelamente, al señalar que “*no advirti(ó) disparidad entre los preventores y si la hay se debe al estrés propio del momento*”, el sentenciante no sólo omitió explicar las razones que lo llevaron a restar importancia a las contradicciones en que incurrieron los testigos llamados a declarar en el debate, sino que tampoco consignó el por qué un agente policial, en el marco de tareas propias a sus funciones, pudo haber visto alterada su percepción de los acontecimientos. Reina la incertidumbre, asimismo, respecto de las razones por las cuales la testigo Barrios (quien fue la única que declaró haber observado que Schmidt apuntó con el revólver hacia su posición cuando notó que en el auto –no identificable– viajaba personal policial) no sufrió de ese cuadro de estrés y sí lo habrían

padecido, al momento de declarar, sus acompañantes quienes, contrariamente, no tomaron razón de la supuesta intimidación de Schmidt con aquel elemento.

Luego, a mi modo de ver, no puede sostenerse que existe certeza apodíctica cuando la conclusión a la que se ha arribado sólo pende de la confianza que al juzgador hayan merecido los dichos de una sola persona, sin que exista algún otro elemento de prueba, algún indicio, que permita corroborar esas manifestaciones. De lo contrario la conclusión de la sentencia no estará dada por un trabajo intelectual que permita a cualquier persona, siguiendo los razonamientos del juez, arribar a la misma conclusión, sino que, dogmáticamente, deberá aceptar que la certeza está sostenida por la capacidad del juzgador para distinguir entre quien dice algo cierto del que miente o se equivoca. Demás está recordar que la prueba testimonial no tiene la certeza que la ciencia asigna, por caso, a los estudios de ADN, en los que las conclusiones, pueden aseverarse con un noventa y nueve por ciento de certeza. La prueba testimonial siempre depende de múltiples factores y el relato que se vuelca habitualmente está teñido de circunstancias propias del que depone. Esa peculiaridad obliga a un mayor esmero argumentativo al justipreciar el peso probatorio de un testimonio, en particular, huelga señalarlo, si se erige como prueba de cargo, como derivación del principio constitucional de inocencia.

Ahora bien, el mismo reparo se aplica a la situación de Jacobuzzio, de quien ni siquiera se hace referencia en el fallo al momento de tener por acreditada la existencia del hecho que se le endilga o de tipificar esa conducta en el art. 239 del Código Penal.

A ello, debe sumarse que no existió por parte del *a quo* una explicación que identificara a qué tramo fáctico del evento correspondieron las subsunciones legales de atentado y resistencia a la autoridad.

Señala Creus¹³ que, a diferencia de lo que ocurre en el atentado, como la acción tiene que estar destinada a trabar el ejercicio de un acto funcional, son requisitos esenciales de la resistencia la existencia

¹³ CREUS, Carlos; "Derecho penal -Parte especial-"; Tomo II 6ª ed; Astrea, Bs. As., 1998, p. 223.

de una decisión funcional que haya originado una orden ejecutable contra alguien y el actual ejercicio de la actividad de un funcionario público encaminada al cumplimiento de dicha orden. La resistencia importa siempre una oposición activa al desarrollo actual del acto funcional por parte del agente, por lo cual la acción típica sólo es posible durante el desarrollo de él, pero no antes de su comienzo ni cuando ya ha cesado. En el atentado contra la autoridad, lo que se menoscaba es la libertad de determinación del oficial público, su libertad de decisión en el ejercicio de la función¹⁴. Por lo tanto, el elemento diferenciador de la resistencia respecto del atentado resulta ser la existencia de una orden: una “disposición ejecutable contra alguien”¹⁵. Por ello, explica Núñez, el atentado es posible mientras el funcionario no haya puesto en ejecución su decisión de realizar u omitir el acto propio de sus funciones.

Volviendo al caso en concreto, el suceso que describió el fiscal en su alegato y que fue tomado por cierto –en su totalidad– por el juez del tribunal de mérito, apuntó a que los agentes Barrios, Eulogio y Núñez al tomar contacto, en un primer momento con Schmidt, ya habían comenzado a ejecutar la orden impartida por el Comando Radioeléctrico, concretamente, la búsqueda de dos personas en *actitud sospechosa y con fines delictivos*. Esa situación debió merecer la particular atención del magistrado sentenciante, al menos, para arrojar claridad en la motivación de la sentencia.

Por lo demás, no se hizo referencia alguna a la falta de poder ofensivo del elemento secuestrado en poder de Schmidt y si esa circunstancia incidía o no en el agravamiento de la conducta reprochada –atentado a la autoridad–.

Con respecto a la tenencia de arma de fuego, comparto las reflexiones de la recurrente que afirman que la sola mención del *a quo* respecto de que ese tipo penal resulta ser un “delito de peligro”, comparándolo con el supuesto de portación, no alcanza para superar el estándar de motivación previsto en el art. 123, CPPN.

¹⁴ Ídem, pág. 216.

¹⁵ SOLER, Sebastián; “Derecho Penal Argentino”; T.E.A., Bs.As., 1970, T. V, pág. 99.

En efecto, en el fallo se deben fundar las propias conclusiones y rechazar las alternativas propuestas por la parte. El tratamiento de los reclamos de los sujetos legitimados en el proceso es parte esencial del derecho a la defensa en juicio: ¿qué sentido tendría que la defensa del imputado postule sus alegaciones si la motivación no deberá dar cuenta de ellas en los fundamentos de su decisión?¹⁶.

El proceso es un ejercicio dialéctico de construcción de la decisión; que sólo la palabra del juez esté dotada de autoridad para resolver el caso, ante la carencia de acuerdo de partes, no autoriza a practicar un monólogo autocrítico; por el contrario, la potestad jurisdiccional se valida en la medida que responde a los planteos de la parte, funda su decisión racionalmente y aplica de modo correcto la ley, única fuente de legitimidad de este poder¹⁷.

En la especie, la ausencia de un tratamiento suficiente por parte del *a quo* al planteo de la defensa que, valiéndose de citas jurisprudenciales concordantes con su postura, postuló la atipicidad de la tenencia del revólver –sin proyectiles– que Schmidt dijo tener consigo para su venta, me eximen en el caso de expedirme sobre la procedencia del pedido, por cuanto esa omisión resulta relevante para la resolución del asunto, por tener carácter específico y dirimente respecto del punto a decidir. Ergo, el razonamiento que se impugna –“*la calificación es porque es un delito de peligro y el hecho de no tener proyectiles no es suficiente ya que sino sería portación*” – luce arbitrario en lo que importa con la correcta aplicación de la ley al caso.

En lo que refiere al planteo de inconstitucionalidad de la reincidencia y sin perjuicio de dejar plasmado, una vez más que, a mi criterio dicho, instituto conculca los principios de igualdad ante la ley, de legalidad, de lesividad y de culpabilidad por el hecho –conforme lo vengo sosteniendo, entre otros precedentes en “**Cajal**”¹⁸, el cual, a su vez, remite a los considerandos expuestos en “**Obredor**”, a los que me

¹⁶ HERBEL, Gustavo A; op. cit. pág. 598.

¹⁷ Ídem, loc. cit.

¹⁸ Causa n° 31507/2014, “Cajal, Hugo Ernesto s/ robo” (registro 351/2015, rta. 14/8/2015). Allí se hace remisión, a su vez, al precedente “Obredor”, también de esta Cámara de Casación (registro n° 312/2015, rta. 4/8/2015).

remito por razones de practicidad—, lo cierto es que la genérica referencia plasmada en la sentencia para su rechazo —“*toma la jurisprudencia pacífica del Tribunal*”— de un lado impide conocer cuál es concretamente la pacífica doctrina del órgano colegiado en la materia y, de otro, no informa si aquella se ajusta a las concretas peticiones de la defensa en el caso. Aquí, también, la carencia de motivación obliga a fallar en pos de anular el fallo.

Por todo lo consignado, ha de tornarse abstracto el tratamiento referente a la errónea mensuración de la pena impuesta, por cuanto su dosimetría se emparenta directamente con la comprobación de los hechos que, por su falta de motivación, no pueden tenerse por acreditados en esta oportunidad.

3. La solución que corresponde al caso, entiendo, no es otra que la absolución de los imputados, en tanto “es posible afirmar que los defectos de motivación incurridos por el tribunal que condena y demostrados por recurso del imputado, no debieran promover un nuevo juicio donde otros jueces puedan enmendar un error estatal en perjuicio del agraviado. Demostrado el vicio, la condena pierde legitimidad y debiera ser anulada la parte errónea —revocatoria parcial— o, [como es en este caso], toda ella —absolución—, pues el reenvío del caso ya no sería en beneficio del imputado que acreditó la incorrección de su condena, sino para el Estado que cuenta con otra posibilidad de juzgarlo”¹⁹.

Ese temperamento, en efecto, es el que ha adoptado la Corte Suprema en el fallo “Sandoval”²⁰ al interpretar impertinente el reenvío y la condena recaída en consecuencia por oposición del trámite a la cláusula constitucional del *non bis in idem*. Se argumentó al respecto, en esa ocasión, que aceptar la eficacia de ese proceder implicaría la reedición indebida de un debate cumplida válidamente en “franca violación del principio constitucional del *non bis in idem*”. Asimismo, en lo que interesa, se dijo que “no se debe permitir al Estado que, con todos sus recursos y poder, haga repetidos intentos para condenar a un individuo por un invocado delito, sometiéndolo así a perturbaciones,

¹⁹ HERBEL; op. cit. pág. 625.

²⁰ Fallos: 333:1687, del 31 de agosto de 2010.

gastos y sufrimientos y obligándolo a vivir en un continuo estado de ansiedad e inseguridad, aumentando también la posibilidad de que, aun siendo inocente, sea hallado culpable”²¹.

A esa misma conclusión, por cierto, arribó esta Cámara de Casación en el precedente “Serrano Herrera”²² –correctamente apuntado por la defensa en su escrito–, en la que se resolvió que, habida cuenta el estado en el que se encontraba el proceso (con sentencia no firme) y por imperio del principio de preclusión, una decisión de ese tenor (el reenvío) desconocería el derecho del imputado a no ser sometido al riesgo de ser perseguido y condenado más de una vez por el mismo hecho.

No pasa desapercibido que los defectos de motivación supongan graves consecuencias, las que pueden resultar en algunos casos socialmente difíciles de tolerar, pues una condena correcta podría revocarse por vicios argumentativos del juez, quedando absuelto el imputado que la prueba señala como culpable [nótese, en la especie, se cuenta con la confesión de Schmidt que aceptó tener consigo, para su venta, el revólver –sin munición– secuestrado en la causa]; mas esa situación no se diferencia de aquella en la que el vicio de fundamentos invalida la condena en función del modo ilegítimo de obtención de la prueba²³.

En definitiva, y habida cuenta de que un fallo no puede fundarse en una decisión contraria al titular de la garantía violada y de que su reenvío luce violatorio del principio constitucional del *non bis in idem*, corresponde absolver a Ernesto Hugo Schmidt y Pablo Francisco Jacobuzzio en orden a los hechos que se les imputaron en la presente causa.

Párrafo aparte merece el desperfecto evidenciado respecto de la grabación del acto procesal. Es menester extremar los cuidados

²¹ NAVARRO, Guillermo Rafael y DARAY, Roberto Raúl; “Código procesal penal de la Nación, t. 3, 5ª ed.”, Hammurabi, Buenos Aires, 2013, págs. 448 y 449.

²² Sentencia del 11 de noviembre de 2016; reg. 908/2016; Sala 1; Jueces Bruzzone, García y Dias (voto del juez García). Si bien, en el caso, se anuló la sentencia en función de que se declaró la nulidad parcial del requerimiento de remisión a juicio, los efectos de la nulidad remite a la problemática del presente caso.

²³ HERBEL, op. cit.; pág. 598.

para lograr que la oralidad impuesta al nuevo procedimiento introducido por la ley 27272 se acompañe de un registro fiable, a riesgo de que el derecho constitucional y convencional al recurso se frustre por deficiencias técnicas que priven al órgano revisor de contar con la herramienta correspondiente.

Tal el sentido de mi voto.

El juez Pablo Jantus dijo:

En el voto de mi distinguido colega Dr. Luis Fernando Niño, se han desarrollado exhaustivamente las circunstancias del caso, las acertadas reflexiones del magistrado que lidera el acuerdo y la solución que propone, que estimo sumamente adecuada.

Resultan manifiestamente insuficientes las constancias que se han dejado en el acta de debate acerca de la motivación de la sentencia expedida por el juez que llevó a cabo el juicio unipersonal cuestionado. No hay una exposición de la prueba colectada, no se la ha valorado críticamente contestando los reparos de la defensa –si lo que se pretendía era demostrar que en el caso existía certeza apodíctica–; tampoco se fundó la calificación jurídica, ni se explicaron debidamente las razones por las que se consideraba típica la tenencia del arma, cuando la asistencia técnica había proporcionado argumentos de peso para desvirtuar su ilicitud. Tampoco existió una mínima fundamentación sobre la sanción penal que se estimaba adecuada al caso, ni un desarrollo del cuestionamiento de la reincidencia. Es muy claro que lo que se ha elevado a esta Cámara como motivación de la sentencia que el juez proporcionó en el debate es absolutamente nulo, puesto que lo único que transmiten esas transcripciones es la voluntad del juez de condenar sin brindar razones que permitan sostener esa exposición como un acto jurisdiccional válido.

Esa carencia, además de privar a los imputados del conocimiento de las razones por las que debería sufrir –según el magistrado– una pena de prisión efectiva, conmueve seriamente su derecho al recurso, en la medida en que éste supone la posibilidad de discutir ante una instancia superior los argumentos desarrollados por el

juez; si éstos faltan, no existe posibilidad de poner en acto la garantía de la doble instancia, como bien señaló la defensa en su recurso.

De la lectura de la acusación y de los fundamentos surgen muchos interrogantes que podrían desarrollarse a continuación, como por ejemplo, la extraña situación que habría quedado plasmada; esto es, que los sospechosos advierten la presencia de un automóvil no identificable de la policía, ocupado por tres funcionarios armados, y que –en vez de huir, como es usual– lo que atinan es amenazar a los policías mediante la exhibición de un arma de fuego. Y que los funcionarios, lejos de proceder según están obligados a la detención de los sospechosos, se retiran del lugar para pedir refuerzos. Y sostener que esa acción constituye un atentado a la autoridad es realmente extraño y la defensa merecía alguna explicación al respecto.

Pero no tiene ningún sentido realizar ese análisis con amplitud puesto que, en rigor, esta Sala no estaría revisando una sentencia constitucionalmente realizada sino que, literalmente, estaría construyendo una y con ello no se cumpliría cabalmente la función revisora que nos ha sido asignada legalmente.

Es posible que las razones transcriptas en el acta de debate no hayan sido todas las que expuso el magistrado en la audiencia, pero no podemos saberlo, puesto que el secretario de actuación no verificó que el registro audiovisual reflejara cabalmente lo que allí había ocurrido. No se puede escuchar qué dijo el magistrado y no se ha realizado una transcripción fiel de su exposición. Esta falencia, como bien señala el Dr. Niño y quedó expuesto más arriba, no puede afectar el derecho al recurso, con lo que coincido en que corresponde hacer lugar al recurso de casación. Y, por los motivos expuestos en los casos CCC 58081/2014/TO1/CNC1, “Quinteros, Federico Nicolás s/ robo con armas” (Rta.: 8/3/16, Reg. n° 158/2016 –oportunidad en la que adherí al voto de la doctora Garrigós de Rébori); CCC 500000790/2010/TO1/CNC1, “Rejala Rivas, Mirna Esther y otros s/ robo en poblado y en banda” (Rta. 13/10/2016, Reg. n° 809/2016) y CCC 72974/2015/TO1/CNC1, caratulada “D., J. R. s/abuso sexual” (Rta. 28/3/17, Reg n° 224/2017), coincido también con la solución que

propone mi colega, en cuanto a que corresponde absolver a los acusados por cuanto ya se ha realizado el juicio en su contra y la nulidad no deriva de una actividad de la defensa sino de la propia deficiencia en la actuación de los organismos del Estado, lo que impide que se realice una nueva audiencia por la misma imputación.

Voto, en suma, en coincidencia con el juez Luis Fernando Niño.

El juez Mario Magariños dijo:

Comparto las consideraciones efectuadas por el juez Niño con respecto a que la sentencia impugnada no se atiene a las pautas de fundamentación exigibles a toda decisión jurisdiccional, en particular, a un fallo de condena penal como el dictado en el caso.

En efecto, la decisión recurrida presenta todas aquellas características de lo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha definido, desde antiguo y pacíficamente, como una sentencia arbitraria, en el más estricto sentido técnico de la expresión (conf. Fallos: 112:384, 184:137, 239:367, 330:1465, entre muchos otros). Ello es así pues, para decirlo en palabras del máximo tribunal en los precedentes citados, el decisorio traído a conocimiento se encuentra desprovisto de apoyo legal y aparece fundado sólo en la pura voluntad del juzgador.

La completa ausencia de expresión de razones con relación a la valoración probatoria que habría realizado el juez en el caso y la carencia de fundamentación adecuada acerca de la subsunción en las normas sustantivas aplicables al sustrato fáctico que consideró acreditado, determina la descalificación de la sentencia como acto jurisdiccional válido y, consecuentemente, su declaración de nulidad (conf. artículo 471 del Código Procesal Penal de la Nación).

Ahora bien, en tanto la nulidad aquí declarada obedece exclusivamente a un vicio atribuible a la actuación de los órganos estatales, la consecuencia de esta declaración no puede derivar en una renovación del juicio a los procesados, luego de haber transitado ya uno válidamente cumplido, pues tal proceder importaría el desconocimiento de la regla de garantía conocida bajo el adagio latino *ne bis in idem*. Por lo tanto, en función de las consideraciones efectuadas en el precedente

“Papadopulos” (registro n° 702/2016, sentencia del 12 de septiembre de 2016 —ver el voto del juez Magariños—), a las cuales cabe remitirse en honor a la brevedad, los límites a la solución del caso aparecen claros y se impone entonces, hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa, anular la sentencia impugnada y, en consecuencia, absolver a Hugo Ernesto Schmidt y Pablo Francisco Jacobuzzio de los hechos que fueran materia de acusación (artículos 18 y 33 de la Constitución Nacional, 1 *in fine*, 402 y 471 del Código Procesal Penal de la Nación).

A modo de *obiter dictum*, conviene aclarar que aun cuando se entendiera que, a partir de lo establecido en el artículo 353 *bis* del Código Procesal Penal de la Nación, modificado por la entrada en vigencia de la ley n° 27.272, se impone a los jueces la obligación de dictar sentencia mediante la expresión oral de sus fundamentos, ello no importaría, en modo alguno, la relajación de las exigencias normativas dirigidas a toda decisión jurisdiccional y, vale reiterar, en particular, a toda sentencia de condena. Pues del acatamiento de tales exigencias depende su caracterización como acto ajustado a derecho.

En consecuencia, la expresión de los fundamentos que sustenten la valoración probatoria en punto a la fijación del suceso, impuesta por la regla legal que consagra el sistema de la sana crítica racional (artículo 398, segundo párrafo, del Código Procesal Penal de la Nación), así como de un análisis razonable en punto a las normas sustantivas aplicables al caso, se constituyen en requisitos ineludibles para el dictado de una sentencia válida y, a su vez, solo así susceptible de ser sometida al control de una revisión amplia, tal como lo impone la garantía fundamental establecida en los artículos 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa, anular la sentencia impugnada y, en consecuencia, absolver a Hugo Ernesto Schmidt y Pablo Francisco Jacobuzzio de los hechos que fueran materia de acusación, y ordenar su inmediata libertad, la que se hará efectiva desde los estrados del tribunal de radicación del proceso, sin costas (artículos 18 y 33 de la Constitución

Nacional, 1 *in fine*, 402, 471, 473, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

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

I. HACER LUGAR al recurso de casación interpuesto, **ANULAR** la sentencia recurrida y, en consecuencia, **ABSOLVER** a Hugo Ernesto SCHMIDT y Pablo Francisco JACOBUZZIO, de las demás condiciones personales obrantes en autos, en orden a los hechos por los que fueron acusados en este proceso; sin costas (artículos 18 y 33 de la Constitución Nacional y artículos 1 *in fine*, 402, 471, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

II. ORDENAR LA INMEDIATA LIBERTAD de Hugo Ernesto SCHMIDT y Pablo Francisco JACOBUZZIO en relación a este proceso, **la que deberá hacer efectiva el tribunal de juicio** (artículos 402 y 473 del Código Procesal Penal de la Nación).

Se hace constar que el juez Luis Fernando Niño interviene en la presente en reemplazo del juez Carlos Alberto Mahiques, quien fue trasladado, mediante decreto del Poder Ejecutivo Nacional n° 328/2017, a la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal.

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

LUIS FERNANDO NIÑO

PABLO JANTUS

MARIO MAGARIÑOS

Ante mí:

PAOLA DROPULICH

Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 3
CCC 73956/2016/TO1/CNC1

SECRETARIA DE CÁMARA