



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 12816/2012/TO1/CNC1

Reg. n° 735/2015

En la ciudad de Buenos Aires, a los 09 días del mes de diciembre del año dos mil quince, se reúne la Sala 1 de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, integrada por los jueces Gustavo A. Bruzzone, Luis M García y Horacio L. Días, asistidos por el secretario actuante, a los efectos de resolver el recurso de casación, interpuesto a fs. 781/786vta., por el defensor particular, Dr. Lorenzo Carlos Galeano, en representación de Darwin Omar Arapa Mogrovejo, en la presente causa n° 12816/12 del TOC n° 8, caratulada “Arapa Mogrovejo, Darwin Omar y otro s/ tenencia de arma de guerra”, de la que **RESULTA**:

I. Con fecha 18 de mayo de 2015, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 8 de esta ciudad resolvió, a fs. 750/779, en lo que aquí interesa:

“(…) III. **CONDENAR a DARWIN OMAR ARAPA MOGROVEJO** (o Arapa Magrovejo u Omar Darwin Arapa Magrovejo o Darwin Omar Arapa Mongrovejo o Darwin Omar Arapa Morrovejo), de las demás condiciones personales obrantes en autos, por encontrarlo autor penalmente responsable del delito de tenencia de arma de guerra, sin la debida autorización legal (c/n° 3832), en concurso real con el delito de robo simple (c/n° 3982 y 4378), reiterado en dos oportunidades, uno de ellos tentado, a cumplir la pena de **CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, ACCESORIAS LEGALES y EL PAGO DE LAS COSTAS DEL PROCESO** (arts. 12, 29, inc. 3°, 42, 45, 55, 164 y 189bis, apartado 2, 2° párrafo, del C.P.; arts. 403, 530 y 531 del C.P.P.N.)”.

II. Contra la condena dispuesta en esa sentencia, el Sr. Defensor Galeano interpuso recurso de casación que fue *parcialmente* concedido por el *a quo* a fs. 787/788vta. y fue mantenido, a instancias

de la intervención de la Sala de Turno (cfr. fs. 885), por el imputado, con la firma de su letrado, a fs. 886.

El TOC n° 8, en oportunidad de resolver la procedencia del recurso de casación interpuesto, resolvió en el punto I de la resolución citada: “**NO HACER LUGAR** al recurso de casación vinculado al planteo de nulidad intentado por el Dr. Lorenzo Carlos Galeano, Defensor de Darwin Omar Arapa Mogrovejo (...)”¹.

Y en el punto II de esa resolución dispuso: “**CONCEDER PARCIALMENTE** el recurso de casación formulado por el mismo letrado, contra la sentencia de fs. 750/779, en relación a los agravios vinculados a la valoración de la prueba y a la mensuración de la pena (...)”

El recurrente no indicó cuál era la vía (incs. 1° y 2° del art. 456, CPPN), por la que canalizaba sus agravios, limitándose a sostener la “*arbitrariedad de la sentencia*” con cita, entre otros, del fallo de la Corte “Casal” y otros precedentes de diferentes tribunales, que transcribe sin hacerlos gravitar sobre el caso en análisis, pero considerando, en líneas generales, que la valoración probatoria sería arbitraria. A su vez, en un párrafo aislado de su escrito, sostiene que el tribunal de mérito “*aplicó como agravante los antecedentes del condenado en autos*”, lo que afectaría la prohibición de doble juzgamiento, sin otro desarrollo que la remisión a fallos que sólo se citan.

III. Puestos los autos en la Oficina Judicial por el término de diez días (art. 465, 4° párrafo y 466, CPPN), a fs. 891/893 se presentó a ampliar fundamentos.

El pasado 15 de octubre, se celebró la audiencia prevista por el art. 465 y 468 CPPN, a la que asistió el letrado Galeano, quien argumentó sobre los agravios planteados en el recurso de casación

¹ La cuestión relativa al planteo de nulidad fue ventilada y resuelta por vía incidental y así se mantiene, corriendo por cuerda.



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 12816/2012/TO1/CNC1

presentado contra la sentencia condenatoria, incluso aquel agravio respecto del cual el recurso no fue concedido.

Así, efectuada la deliberación y conforme lo allí decidido, el tribunal resolvió del siguiente modo.

CONSIDERANDO:

El juez **Gustavo A. Bruzzone** dijo:

Agravio introducido en la audiencia del pasado 15 de octubre: nulidad de la detención en el marco de la causa n° 3832.

Como fuera expuesto al presentar el caso, por este agravio, el TOC n° 8 no concedió el recurso intentado, razón por la cual, no habiéndose interpuesto el remedio correspondiente para modificar esa situación, nada corresponde decir al respecto.

Agravio general vinculado a la supuesta arbitraria valoración de la prueba en todos los hechos por los que se condenó

Esta cuestión se vincula con la acreditación de la imputación que se formulara en contra de Arapa Mogrovejo en las tres (3) causas que se siguieron en su contra y que, unificadas, fueron resueltas por el TOC n° 8. Ello nos remite a lo resuelto por la Corte en el fallo “Casal” y, más allá de la deficiente fundamentación que tiene el recurso en todas sus líneas, corresponde dar respuesta en base a lo que el tribunal tuvo por acreditado.

Causa n° 3832: autor de tenencia de arma de guerra, sin la debida autorización legal el 13 de abril de 2012

Conforme fuera requerido por la acusación, tanto a fs. 157/160 por la fiscal Silvana Russi, como por la fiscal que intervino en el juicio, Diana Goral, se atribuyó a Arapa Mogrovejo tener en su poder, sin la debida autorización legal, una pistola semiautomática marca “Bersa”, calibre 38, con numeración erradicada, cargador colocado, y seis cartuchos a bala intactos en el interior, más otro en su recámara. La constatación de este hecho se produjo, cerca de las 19:00 horas del

13 de abril de 2012, en el interior de un comercio ubicado en la Avda. Rivadavia 7099 de esta ciudad.

En efecto, una vez que se descartara la impugnación efectuada respecto de la forma en que se inició este asunto, fueron valorados por el tribunal los relatos concordantes de los testigos Rodolfo Cabezas (comisario Inspector de la Policía Federal), Juan Manuel Basualdo (cabo 1ro), y Carlos Daniel Veloz (encargado del local de ropa deportiva “Mega Sport” sito en Av. Rivadavia 7099), acreditando que, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar indicadas, Arapa Mogrovejo, vestido con pantalón deportivo, campera blanca –deportiva- y zapatillas, fue visto portando una mochila, acompañado por su coimputado –vestido con campera de color negro y jeans oscuros-. Los tres testigos, cada uno desde posiciones diferentes, vieron a los acusados, en tanto y en cuanto recorrían el local comercial, de una punta a la otra sin interesarse por ningún artículo en especial y porque, más allá de ello, miraban constante e insistentemente hacia la caja del local. Ambos funcionarios policiales advirtieron que iban de una punta a la otra del negocio, mirando exclusivamente hacia el sector en donde se encontraba la caja, para luego retirarse sin adquirir ningún artículo.

Lo decisivo en este punto es señalar que los tres testigos, concuerdan también, en que era Arapa Mogrovejo quien portaba una mochila -al que identifican con el que estaba vestido con un pantalón deportivo y una campera blanca. Y aclara la sentencia: *“(L)o que concuerda cabalmente con la descripción de la ropa que llevaba colocada al ser detenido (según el acta de detención de fs. 4) y con las fotografías que le fueran extraídas en aquél momento. (cfr. fs. 56 y su confrontación con el color de la ropa con la que vestía su coimputado Pintos Cáceres).*

Los imputados ingresaron juntos al local y, de acuerdo a la versión de los tres testigos, era Arapa Mogrovejo el que portaba la



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 12816/2012/TO1/CNC1

mochila donde se encontró el arma de fuego cuya tenencia se le atribuye, conforme el contenido del acta de secuestro agregada a fs. 6, que da cuenta del hallazgo, dentro de la mochila que llevaba el acusado la pistola marca Bersa, calibre 380, con 7 (siete) cartuchos en el cargador y 1 (uno) en la recámara. Agrega el tribunal, los peritajes balísticos dan cuenta que el arma que portaba en la mochila resultó ser apta para el disparo y de funcionamiento normal (cfr. fs. 139/140 y 164/167).

Para completar el razonamiento que concluye de esta forma el tribunal sostuvo: *“La argumentación defensiva basada en que no se secuestró la mochila ni el morral, y en que no quedó en claro si el Comisario Cabezas vio el arma cuando observó el interior de la misma al pedirle que lo haga a Arapa o al caerse o quedar ésta al piso, se torna irrelevante, por cuanto lo reprochado a su pupilo procesal es la tenencia de ese arma y no de la mochila. De todas maneras todos dieron cuenta de la existencia de la mochila que portaba el imputado (Veloz, Cabezas, Maldonado) al ser informado de inmediato por Cabezas, y por tanto al ingresar al negocio como al egresar, con lo que ese argumento al menos en el sentido desincriminante en que lo intenta utilizar la defensa debe desecharse. El arma fue vista por Cabezas, de lo que tomó inmediato conocimiento Maldonado, lo registró debidamente Villoldo en la pertinente acta y el testigo del acta Bargas Choque vio el arma y la mochila.”*

La defensa, en la audiencia para sostener su recurso, insistió con los mismos argumentos presentados ante el tribunal, sin demostrar por qué la fundamentación que surge de la sentencia, que se acaba de desarrollar, sería arbitraria o contraria a las reglas de la sana crítica. De esta forma y respecto de este hecho el agravio debe ser rechazado.

Causa n° 3932: autor de robo en grado de tentativa el 2 de noviembre de 2012

Tanto en el requerimiento de elevación a juicio de fs. 355/357, la Sra. Fiscal Yacobucci, como su colega Goral en el juicio, acusaron a Arapa Mogrovejo de haberse apoderado ilegítimamente y mediante fuerza en las cosas, de cuatro cajas de CDs, una caja de lápices, marca Sylvapen, un control remoto marca Sony color negro, un par de anteojos marca Tacari, documentos del rodado, elementos todos que se encontraban dentro del vehículo marca Fiat, modelo Palio, dominio EFY-069, propiedad de Pablo Rubén Scardiglia, que se hallaba estacionado sobre Bacacay 2876, de esta ciudad, el 2 de noviembre de 2012, a las 0.50 horas aproximadamente.

Para llegar a esta conclusión, que el tribunal tuvo por correcta y debidamente acreditada, se valoró, en primer lugar, la declaración del testigo Maddonni, quien pudo ver al acusado, sobre la calle Bacacay, metido con medio cuerpo adentro del automóvil de Scardiglia. Acto seguido dio aviso al personal policial, a quien acompañó para individualizarlo, quien produjo la detención de Arapa Mogrovejo a diez metros de donde estaba estacionado el vehículo, portando cosas que el propietario del rodado reconoció como propios. Scardiglia confirmó que la noche anterior había dejado el auto cerrado, y que lo encontró con el vidrio de la ventanilla rota, el parante forzado y un agujero en una de las puertas, reconociendo como de su propiedad las cosas incautadas en poder del acusado.

El imputado, si bien reconoció que tenía las cosas en su poder dijo que se los acababa de comprar a unos *trapitos* de la zona, lo que se contrapone al reconocimiento efectuado por el testigo Maddoni, como bien se razona en la sentencia al sostener que *“con la identificación realizada por el testigo Maddonni del imputado, como la persona que vio metida con medio cuerpo adentro del auto de Scardiglia, a quien junto al personal policial lo sorprendieron*



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 12816/2012/TO1/CNC1

cuando aún tenía entre sus manos objetos pertenecientes al damnificado, desplazan toda argumentación defensiva sobre la inocencia del nombrado. Fue visto por Maddonni y sorprendido con parte del botín, escasos instantes después de ser visto por aquél cuando se encontraba con medio cuerpo adentro del auto en cuestión.”

Y agregaron, en cuanto al sangrado que se le habría provocado, que: *“(L)a postura defensiva carece de sustento, pues, en primer lugar, nula relevancia tiene si se pudo o no constatar que Arapa Mogrovejo tuviera las manos lastimadas -como dijo Maddonni-, porque la imputación se refiere a un desapoderamiento de objetos del interior del auto prealudido, y en nada incide que entre las plurales lesiones que presentó el imputado al ser detenido (cfr. informes médicos legales de fs 4/5 y 14/15 del Legajo de Personalidad de Arapa Mogrovejo que corre por cuerda) le hayan o no producido un sangrado, al menos concordante con las manchas hemáticas que se registraron en uno de los objetos que se encontraron en su poder (cfr. fs. 272bis), lo cierto es que fue visto mientras ejecutaba el robo, y luego sorprendido con parte del botín en sus manos a escasos metros de distancia del rodado, con lo cual la argumentación defensiva debe ser desechada.”*

La argumentación de la defensa no logra desvirtuar el adecuado razonamiento del tribunal sobre la prueba colectada y, por ello, este agravio también debe ser descartado.

Causa n° 4378: autor de robo el 13 de abril de 2014

En su requerimiento de fs. 605/606, el Sr. Fiscal Ruilopez, como su colega Goral en el juicio imputaron a Arapa Mogrovejo por el hecho del 13 de abril de 2014 alrededor de las 7.00 horas, en el interior del comercio denominado “Las Medialunas del Abuelo”, ubicado en Yermal 2998 de esta ciudad, donde intentó apoderarse ilegítimamente de un celular marca Samsung, modelo S4, con sus

auriculares blancos, propiedad de Amilkar Orellana Parra y la suma de \$280 que se hallaba en el interior de la caja registradora.

En este caso el tribunal valoró que el testigo Orellana Parra relató cómo, en la madrugada de ese día, cuando llegó al local, donde cumplía funciones de hornero, se quedó dormido, dejando la puerta abierta. Luego fuertes ruidos lo despertaron y pudo ver al imputado forcejeando con la caja registradora en donde había, aproximadamente, \$300 en cambio para iniciar la jornada laboral. Al querer intervenir el imputado lo golpeó con un objeto contundente (un palo, dijo). Luego de ello, advirtiéndole que pasaba un patrullero, salió del local a pedir ayuda, aprovechando ese momento el imputado para darse a la fuga llevándose el dinero, su celular y unos auriculares marca Samsung, por lo que intentó perseguirlo pero se metió en un pasillo muy angosto, y no se animó a ingresar, quedándose en la vereda.

Agregó que, escasos segundos después el imputado regresó por la vereda y se encaminó hacia las vías del tren en donde abordó una moto con la que se fue por la calle Nazca, siendo perseguido por el patrullero que conducía al personal policial que lo detuvo, encontrando en su poder los efectos antes mencionados, los que le fueron exhibidos en sede policial, como en las fotografías que se le exhibieron durante la audiencia.

Como señala el tribunal: *“De este modo y sin solución de continuidad, (el policía) Fernández persiguió al sujeto que circulaba en la moto señalado por la víctima (Orellana Parra), lo que se prolongó durante varias cuadras, incluso el ladrón circuló por la vereda varias cuadras, hasta que perdió el equilibrio y cayó, ocasión en la que fue detenido, secuestrándosele en su poder el dinero, el celular y los auriculares”*.

Frente al cuestionamiento de la defensa sobre la secuencia de los hechos, donde incluso quiso poner en duda si en las cercanías se



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 12816/2012/TO1/CNC1

encontraban las vías del ferrocarril, fue descartado por el tribunal, ya que *“(t)anto el lugar del robo, como el recorrido por el que se extendió la persecución y el de la definitiva detención se encuentran ilustrados en los gráficos de fs. 557 y el plano de la guía Filcar, incorporados y exhibidos durante la audiencia”*.

Sobre esta cuestión, sólo cabe compartir lo sostenido por el tribunal en el sentido de que *“no existe el más mínimo resquicio de duda de que el sujeto detenido que resultó ser Arapa Mogrovejo, es la persona que Orellana Parra señaló como el autor del robo, y concordantemente con ello que los efectos que se le incautaron en su poder pertenecen al testigo (celular y auriculares) y a la propietaria del local, Sra. Bih Ju tsai, como así lo expresó en la audiencia, reconociendo tales efectos al serles exhibidas las fotografías de fs. 583/8.”*

En consecuencia, este agravio, también debe ser rechazado.

Agravio vinculado a la determinación de la pena

Respecto de esta cuestión el tribunal dijo: *“Para graduar la sanción a imponer, el Tribunal tiene en cuenta la naturaleza, modalidad y consecuencias del obrar criminoso que se le atribuye al acusado; la pluralidad de hechos delictivos que se le reprochan; que registra dos condenas anteriores por delitos de idéntica naturaleza, que ya contó con diversas oportunidades para encaminar su vida de un modo honesto y sin afectar bienes de terceros, y demás pautas previstas por los arts. 40 y 41 del Código Penal.”* Como quedó establecido, con esta argumentación consideraron que correspondía aplicar la pena de cuatro años de prisión, sin otro desarrollo.

Sobre esta cuestión la defensa, si bien escuetamente, sostuvo su *“discordancia con el tribunal de mérito”* porque *“aplicó como agravante los antecedentes del condenado en autos, ello en razón de la prohibición de doble juzgamiento”*, remitiéndose a precedentes de la CFCP (cfr. el final de la foja 785vta. de su recurso).

En primer lugar, aunque el tribunal no lo haya destacado, se debe dejar constancia que la escala que surge del caso, por el concurso de delitos atribuidos (3 hechos) de acuerdo a lo establecido en el art. 55, CP, es de dos a dieciséis años de prisión (2 a 16 años) y la fiscalía solicitó que se aplicara la pena cinco años y seis meses de prisión. Con ese marco como límite, el tribunal, con el fundamento transcripto, concluyó aplicando cuatro años de prisión, que es un año y seis meses inferior a la propuesta por la acusación y representa un cuarto de la pena legalmente posible a imponer.

El problema que reconoce la forma en que se estableció la pena es su carencia de fundamentación, en violación a lo establecido en la primera parte del inciso segundo del art 404, CPPN, y en la disposición general que se refiere al tema en el art 123 del mismo código. Y el problema no puede ser salvado porque desconocemos en qué medida ha incidido en la determinación de la pena la referencia a que “*registra dos condenas anteriores por delitos de idéntica naturaleza*” y que no ha encaminado su vida de “*un modo honesto y sin afectar bienes de terceros*”, cuando la pena debe fijarse según el injusto y la culpabilidad y, si bien las condenas anteriores pueden ser tenidas en cuenta por razones preventivo especiales (inc. 2 del art. 41, CP), nunca pueden superar la sanción que corresponde por el hecho en concreto -en este caso, por los tres hechos atribuidos-, pero ello debe estar especificado.

De esta forma, considero que el recurso en estudio debe ser rechazado parcialmente en cuanto a los agravios vinculados a la valoración de la prueba respecto de los tres hechos imputados, pero debe hacerse lugar en cuanto a la forma en que se determinó la pena, anulando la sentencia en ese sentido, y reenviando el caso a otro tribunal para que determine la pena que corresponde aplicar, sin costas.

El juez **Luis M. García** dijo:



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 12816/2012/TO1/CNC1

Concuero en lo sustancial con las consideraciones del juez Bruzzone, a las que he de agregar las siguientes:

1.- El recurso de casación atribuye al tribunal el conocimiento del proceso sólo en cuanto a los puntos de la resolución a que se refieren los motivos del agravio (art. 445 CPPN), y sólo en la medida en que aquél hubiese sido concedido (art. 465 CPPN).

El recurso de fs. 781/786 sólo ha sido concedido parcialmente por el Tribunal Oral en cuanto se impugna la sentencia por arbitrariedad en la determinación de los hechos de la condena, y en cuanto se impugna la fundamentación de la medida de la pena impuesta, y rechazado en lo que concierne a la impugnación de la diligencia de requisa personal y secuestro del arma objeto de la acusación en la causa n° 3832 del registro interno de ese tribunal (fs. 787/788), de modo que, habida cuenta de que el recurrente no ha intentado obtener la revisión de la denegación parcial por la vía del recurso de queja (art. 477 CPPN), no tiene expedita la vía casatoria para la revisión de los motivos por los cuales el recurso había sido denegado. Concuero así con el resultado al que se arriba en este punto en el voto anterior.

2.- Se ha concedido el recurso de casación sólo en cuanto el recurrente alega arbitrariedad de la sentencia en lo concerniente a la determinación de los hechos objeto de acusación en las causas nros. 3832, 3982 y 4378 del registro interno del tribunal, y también en cuanto se agravia de la medida de la pena impuesta.

Bajo lo que se señala con la calificación de arbitrariedad, los escuetos fundamentos del recurso traducen más bien una discrepancia con la apreciación de la prueba en la determinación de los hechos. Aunque esas argumentaciones no están enmarcadas estrictamente en los motivos de casación del art. 456 CPPN, tratándose de una impugnación de la sentencia de condena los agravios deben ser examinados, en los términos en que han sido planteados, según los

estándares fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la sentencia de Fallos: 328:3399 (“Casal, Matías Eugenio”), lo cual impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de revisar, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 23 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay), aunque advirtiendo que la jurisdicción de revisión queda circunscripta a los agravios presentados y no implica una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445; *vide* también consid. 12, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

Observo que en el escrito de interposición se presentan los agravios de manera en extremo escueta, aunque de un modo que permite conocer mínimamente su sustancia, por lo que, siguiendo la doctrina de la Corte en aquel fallo, se impone no sujetar al recurso contra la sentencia de condena a rigorismos formales, y realizar el mayor esfuerzo para entender de qué se agravia el recurrente en su sucinto escrito de interposición, cuyos fundamentos no han sido ampliados en la oportunidad que concede el art. 465 CPPN ni tampoco sustancialmente mejorados en la audiencia celebrada a tenor del art. 468 CPPN.

Hecha esta advertencia entiendo que el juez de primer voto ha hecho el mejor esfuerzo posible por revisar la sentencia en los puntos concernientes a las determinaciones de los hechos de la acusación que ha tenido por cometidos por el imputado los días 13 de abril de 2012, 2 de noviembre de 2012 y 13 de abril de 2014. Adhiero pues a sus consideraciones y conclusiones.

3.- En otro orden, el recurrente se ha agraviado de los fundamentos de la medida de la pena impuesta afirmando que “se aplicó como agravante los antecedentes del condenado en autos, ello en razón de la prohibición de doble juzgamiento”, con cita del art. 75, inc. 22, CN y de dos votos de dos jueces de la Cámara Federal de



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 12816/2012/TO1/CNC1

Casación Penal, en casos que cita, pero cuyos fundamentos no reproduce, y en una decisión de un tribunal inferior.

Esto es todo cuanto dice sobre la pena, y de no tratarse de una sentencia de condena, entiendo que la admisibilidad se vería sellada por defecto de fundamentación a tenor del art. 463 CPPN.

Empero, concuerdo con el juez de primer voto en que el agravio debe ser objeto de tratamiento, y he de exponer sucintamente las razones que imponen tratarlo.

Primero, la revisión de los fundamentos de la determinación de la pena impuesta al condenado puede ser comprendida si la impugnación se enmarca en alguno de los motivos de casación del art. 456 CPPN.

Aunque también, según el caso, podría alcanzar el examen de cuestiones de hecho que son presupuesto de alguno de los criterios normativos que influyen en la medición de la pena, el que no puede quedar restringido al control de arbitrariedad de la sentencia.

En efecto, el art. 456 CPPN que enuncia los motivos de casación admisibles, debe ser leído de un modo que no frustre el derecho establecido en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en favor del condenado, que resulta complementario de los derechos y garantías enumerados en la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, CN). Aquél enuncia que "toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley".

Si bien la disposición transcrita reenvía a lo prescrito por la ley doméstica, los Estados no tienen margen de discreción para limitar la disponibilidad de los recursos sólo a la revisión de la declaración de culpabilidad, o sólo a la revisión de la pena, pues la conjunción copulativa "y" no deja lugar a dudas de que debe asegurarse la

posibilidad de la revisión de ambos aspectos (confr. STAVROS, Stephanos, *The guarantees for accused persons under art. 6 of the European Convention on Human Rights*, ed. Martinus Nijhoff, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1993, p. 269).

Interpretando esa disposición convencional el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que “al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión éste ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto [...] El Comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena sea revisado íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación [...] limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5, artículo 14 del Pacto” (Comunicación 701/1996, "Cesario Gómez Vázquez c. España", dictamen de 11/08/2000, doc. CCPR/C/69/D/701/1996, §11.1). Más tarde, remitiéndose a ese caso, ha declarado: “el Comité recuerda que el párrafo 5 del artículo 14 supone el derecho a una revisión de hecho y de derecho por un tribunal superior” (Comunicación N° 836/1998, "Kestutis Gelazauskas c. Lituania", dictamen de 02/06/2003, doc. CCPR/C/77/D/836/1998, §7.2). Como puede advertirse, el Comité no distingue y entiende que sea que se pretenda la revisión de la condena o sentencia sobre la culpabilidad, o del dispositivo por el que se establece la pena, la revisión integral comprende tanto los aspectos de hecho como los de derecho.

De tal suerte, no cabe asignar al recurso contra la sentencia previsto en el art. 14.5 PIDCP un alcance más o menos amplio según el recurrente pretenda la revisión de la declaración de culpabilidad o de la pena.

Por lo demás, la jurisprudencia del Comité del caso “*Gómez Vázquez*” ha sido recibida por la Corte IDH en su sentencia en el caso “*Herrera Ulloa v. Costa Rica*” (sent. de 2 de julio de 2004, Serie C,



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 12816/2012/TO1/CNC1

Nº 107, § 166), y más tarde por nuestra Corte Suprema en el caso de Fallos: 328:3399 (“*Casal, Matías Eduardo*”).

Entiendo así que, en general, la jurisdicción de esta Cámara cuando se trata de revisar la medida de la pena no puede quedar limitada al examen excepcional de la tacha de arbitrariedad, y que el Tribunal debe seguir el estándar fijado por la Corte Suprema en el citado precedente, que impone el esfuerzo por revisar todo lo que sea susceptible de ser revisado, o sea de agotar la revisión de lo revisable (confr. considerando 5 del voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti; considerando 11 del voto del juez Fayt, y considerando 12 del voto de la jueza Argibay), con la salvedad de que la jurisdicción de revisión quedará circunscripta a los agravios presentados y no implicará una revisión global de oficio de la sentencia (art. 445; *vide* también consid. 12, párrafo 5, del voto de la jueza Argibay en el caso citado).

Observo que en el capítulo pertinente de la sentencia se expresa que: “Para graduar la sanción a imponer, el Tribunal tiene en cuenta la naturaleza, modalidad y consecuencias del obrar criminoso que se le atribuye al acusado; la pluralidad de hechos delictivos que se le reprochan; que registra dos condenas anteriores por delitos de idéntica naturaleza, que ya contó con diversas oportunidades para encaminar su vida de un modo honesto y sin afectar bienes de terceros, y demás pautas previstas por los arts. 40 y 41 del Código Penal” (fs. 778).

La defensa sostiene que las condenas anteriores no pueden ser tenidas en cuenta como agravantes. Según su tesis, ello configuraría una infracción a la prohibición de “doble enjuiciamiento” por el mismo hecho.

Transpira del recurso la misma endeblez argumental que en los demás agravios, pues no se indica cómo se vería infringida esa prohibición, ni se ofrecen argumentos puntuales. Más aún, se invocan opiniones de jueces de otra Cámara, que ni siquiera se reseñan, y una

decisión de un tribunal inferior que se refiere al alcance del art. 189 *bis*, inc. segundo, párrafo octavo, CP. Esta disposición no ha sido aplicada en la sentencia recurrida, y tampoco se ofrece ninguna argumentación para justificar una eventual analogía.

Lo único nítido es que la defensa pretende que la pena no podría agravarse por razón de los antecedentes condenatorios del acusado. Por lo que en estos términos corresponde decidir si su pretensión es correcta.

A este respecto señalo que es menester distinguir dos preguntas:

1) ¿tienen las condenas anteriores alguna relevancia para medir la culpabilidad del agente, y en su caso, alguna función agravante en la medida de la pena por el injusto culpable? 2) ¿la existencia de condenas anteriores ofrece algún indicio de peligrosidad, y en su caso, su constatación qué incidencia podría tener en la determinación de la medida de la pena?

Ello impone indagar si las condenas anteriores están contempladas en el art. 41 CP como un elemento relevante para la medición de la pena, y asignar a esta disposición una inteligencia que sea compatible con la Constitución Nacional, y en particular con el principio de culpabilidad por el hecho.

Cuando el art. 41, inc. 1, CP, prescribe tener en cuenta en la medición de la pena “la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y a la extensión del daño y peligro causados”, está indicando que la medida de la culpabilidad -o del reproche, si se prefiere- está condicionada, entre otros criterios, por la menor o mayor extensión del daño, y no por la existencia misma de un daño, y que la medida del peligro al que el agente ha expuesto a otras personas con su obrar culpable, es relevante en la medición de la culpabilidad -o de la reprochabilidad, si se prefiere- y no se agota en la creación misma del peligro. En otros términos, se ha señalado que está fuera de cuestión que “la gravedad de un hecho depende también



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 12816/2012/TO1/CNC1

de la medida del padecimiento que o de qué intervención en los bienes jurídicos el agente le ha inferido al afectado" (STRATENWERTH, Günter, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, Strafen und Maßnahmen*, 2ª. ed. Stämpfli & Cie. AG, Berna, 2006, p. 182, nro. 19). A partir de esa base se puede sopesar el injusto objetivo. El reproche de culpabilidad por ese injusto debe estar orientado, a su vez, por la capacidad concreta que tuvo el agente, en el momento de su actuar, para ajustarse a la norma jurídica que le prohibía o mandaba actuar de un determinado modo. De suerte que el injusto objetivo permanece siempre igual, establece el límite superior de la pena, y el reproche se sitúa en ese límite, o disminuye, según la mayor o menor capacidad de ajuste a la prohibición o mandato.

A continuación el art. 41, inc. 2, CP indica tomar en cuenta para la medición de la pena a imponer al agente, "las reincidencias en que hubiera incurrido". Se señala que la exposición de motivos del Proyecto de Código Penal de 1891 aclara el alcance del uso de este término, comprensivo tanto de la reincidencia en su sentido técnico, como también en el de reiteración (DE LA RÚA, Jorge, *Código Penal Argentino. Parte General*, 2a. Edic., Depalma, Buenos Aires, 1997, nota a los arts. 40 y 41, nros. 111 y 114, ps. 709/710).

En general se ha entendido que las circunstancias enunciadas en el inciso 1, del art. 41 CP "tienen relevancia en relación al juicio que el juzgador debe formular: mayor o menor peligrosidad del autor" entendida la peligrosidad como "pronóstico respecto del obrar futuro del condenado después de cumplida la pena", de modo que "en el sistema del Código vigente la graduación de la pena atiende exclusivamente a la peligrosidad o capacidad delictiva, esto es, probabilidad de que el individuo vuelva a delinquir" (DE LA RÚA, *op. cit.*, nota a los arts. 40 y 41, nros. 146, 151 y 152, ps. 717/719).

Esta visión es susceptible de ser contradicha desde el punto de vista sistemático y puesta en crisis desde el punto de vista

constitucional. Desde el punto de vista sistemático, porque el código adopta el sistema de doble vía de penas y medidas de seguridad, establece un sistema de atribución subjetiva de responsabilidad penal que no reposa en la peligrosidad y pone estrictos límites a las penas divisibles, que sólo permiten graduar la peligrosidad del agente en el marco legal previsto para el hecho “culpable”. Por lo demás, en general, y prescindiendo de cuál debería ser el alcance de la controvertida disposición del art. 44 CP, cuya aplicación aquí no está en juego, la falta de peligrosidad del agente no exime de la punibilidad. Desde el punto de vista constitucional una pena medida según la peligrosidad del agente no supera la confrontación con el art. 18 CN que predica que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior “al hecho” del proceso. De suerte tal que la pena y su medida están condicionadas por el hecho y no por la peligrosidad del agente.

Dicho esto, el inciso 2 del art. 41 puede ser interpretado por vía de una visión superadora de sus antecedentes históricos, de un modo compatible con el art. 18 CN si se interpreta que en general su inciso 1 establece pautas que atienden a la magnitud del injusto y de la culpabilidad, y que la peligrosidad no es ya fundamento de medición de la pena, sino simplemente un correctivo de la pena medida según el injusto y la culpabilidad, en el sentido de que no se permitiría la aplicación de una superior al límite fijado por éstas, pero sí fijar una menor, cuando la falta de peligrosidad, o su carácter relativamente menor, disminuye las necesidades preventivo especiales.

Por cierto, bajo ciertas condiciones, la constatación de que el agente ha sido condenado por otros hechos cometidos con anterioridad, puede constituir un elemento a tener en cuenta para estimar las necesidades preventivo especiales en el marco del art. 41, inc. 2, CP pero nunca una autorización para sobrepasar la gravedad del injusto y la culpabilidad por el hecho. En aquel caso, no basta sin



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 12816/2012/TO1/CNC1

embargo con la invocación de la existencia de condenas anteriores, sino que es necesario que en la sentencia se exprese cuál es la relevancia que estas tienen para la determinación de la peligrosidad según la mayor o menor proximidad en el tiempo, la naturaleza de los hechos, su gravedad concreta, y la mayor o menor semejanza entre ellos (confr. STRATENWERTH, Günter, *Schweizerisches Strafrecht*, cit., p. 193, nro. 43).

Sentado pues el marco teórico desde el que considero debe examinarse el agravio, observo que en la sentencia no se establece el sentido o función que se ha asignado a las condenas anteriores impuestas “por delitos de idéntica naturaleza”, ni se ha relevado su gravedad concreta, la mayor o menor semejanza en la ejecución, ni la proximidad o distancia entre los nuevos hechos y el tiempo de las condenas. Esto pone en evidencia un déficit de fundamentación, que a mi juicio es relevante pero en todo caso, no dirimente, porque podría ser discutido por la defensa, y no lo ha hecho. Lo dirimente, según entiendo, es que es imposible establecer si en la sentencia las condenas anteriores han sido tomadas en cuenta para superar la gravedad del injusto o la culpabilidad, esto es como circunstancias agravantes, o simplemente como abordaje preventivo especial, en el sentido señalado más arriba, que haría adecuado no fijar una medida de pena por debajo del injusto culpable. La parca fundamentación de la sentencia en este punto impide establecer con evidencia que las condenas anteriores hubiesen sido tenidas en cuenta para volver a cargar al condenado el reproche por hechos anteriores cometidos, reproche contenido ya en las penas anteriores, o como elemento relevante para castigarlo más gravemente por su historia personal o su modo de ser. En la parquedad de los términos del pasaje transcripto más arriba, el *a quo* ha señalado que el acusado Darwin Omar Arapa Mogrovejo “registra dos condenas anteriores por delitos de idéntica naturaleza, que ya contó con diversas oportunidades para encaminar

su vida de un modo honesto y sin afectar bienes de terceros”. El lenguaje utilizado nada dice de modo asertivo acerca de la culpabilidad del agente o de su peligrosidad. Por ello, entiendo que el defecto de fundamentación acarrea la nulidad parcial de la sentencia en el dispositivo de medición de la pena de prisión. Máxime cuando el *a quo* se ha apartado de modo no insignificante del mínimo de la escala penal aplicable, sin otra referencia concreta a los criterios admitidos por el art. 41 CP, lo que no puede ser salvado por la genérica mención de “la naturaleza, modalidad y consecuencias del obrar criminoso que se le atribuye al acusado” o a las “demás pautas previstas por los arts. 40 y 41 del Código Penal”.

En estas condiciones, y a falta de otros elementos concretos relevados en la sentencia para la medición de la pena, concuro a la solución que se propone en el primer voto, en cuanto propone se anule parcialmente la sentencia recurrida en lo concerniente a la medición de la pena, disponiendo el reenvío al tribunal que corresponda para la fijación de una nueva (arts. 404, inc. 2 y 471 C.P.P.N.).

Así voto.

El juez **Horacio L. Días** dijo:

Por compartir las consideraciones que allí se exponen, adhiero al voto del juez Bruzzone.

Como mérito del acuerdo al que se ha arribado, la **Sala 1** de la **Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional** de la Capital Federal, **RESUELVE:**

HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de casación de fs. 781/786 interpuesto por la defensa de **Darwin Omar Arapa Mogrovejo**, **ANULAR PARCIALMENTE** el punto dispositivo III de la sentencia de fs. 750/779, en cuanto a la medida de la pena impuesta, **REENVIAR** el caso a otro tribunal para que determine la pena que corresponde aplicar y **RECHAZAR** en lo restante el recurso de casación interpuesto, confirmando la resolución recurrida en lo



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 1
CCC 12816/2012/TO1/CNC1

demás que ha sido motivo de agravio, sin costas (arts. 404, inc. 2, 459, 465, 468, 469, 471, 530 y concordantes del CPPN).

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13 C.S.J.N.; Lex 100) y remítase a la Cámara Federal de Casación Penal, a fin de que sortee el tribunal que deberá intervenir en la presente, dictando nuevo pronunciamiento con el alcance aquí sentado. Sirva la presente de atenta nota de envío.

GUSTAVO A. BRUZZONE

LUIS M. GARCÍA

HORACIO L. DÍAS

Ante mí:

SANTIAGO ALBERTO LÓPEZ
SECRETARIO DE CÁMARA