

JAVIER E. RIVINA de ALLENDE
SECRETARIO DE CAMARA

REGISTRO Nº 23.351

///la ciudad de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 18 días de marzo de 2014, se reúne la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal, integrada por el doctora Ana María Figueroa como Presidenta y los doctores Luis María Cabral y Juan Carlos Gemignani como Vocales, a los efectos de resolver el recurso de casación interpuesto en esta causa n° 354, caratulada "Defina, Mario Osvaldo s/recurso de casación", de cuyas constancias **RESULTA:**

1º) Que el Tribunal Oral en lo Criminal n° 17 de esta ciudad resolvió, en lo que aquí interesa, condenar a Mario Osvaldo Defina como coautor penalmente responsable de los delitos de hurto reiterado en dos oportunidades, uno de ellos en grado de tentativa, en concurso real con el delito de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda en grado de tentativa, a la pena de un año y ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento y costas (arts. 5, 29 inc. 3º, 42, 45, 55, 163 y 167 del Código Penal, y 530, 531 y concordantes del Código Procesal Penal).

Contra ese pronunciamiento su defensa particular, a cargo de los doctores Sebastián Rodríguez y Pablo Lorenzo, interpuso el recurso de casación que fue concedido a fs. 436/437.

2º) Que el recurrente sustentó la procedencia de la impugnación en las previsiones del artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación.

En primer término, encauzó su argumentación en la inobservancia y errónea interpretación de los artículos 26 y 27 del Código Penal en cuanto a la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta, no obstante considerarla violatoria de derechos constitucionales.

En tal sentido, manifestó que en razón del fin de la pena previsto por el legislador a la luz de los tratados internacionales y por el tiempo transcurrido desde su condenación anterior, se presenta como razonable que la

USO OFICIAL

modalidad de cumplimiento sea en función de lo previsto por el artículo 50 de la ley 24.660.

Citando jurisprudencia de esta Cámara Federal de Casación y de la Corte Suprema, explicó que la presente causa llegó a su etapa decisiva luego de la suscripción de las partes de un acuerdo de juicio abreviado, en virtud del cual el a quo condenó a Defina a la pena de un año y ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento, cuando podría haber optado por una modalidad en suspenso ante la inconveniencia de la privación de su libertad.

En ese orden, refirió que el tribunal encontró como obstáculo a la aplicación de dicho instituto el hecho de no haberse agotado por un breve lapso el término impuesto por el artículo 27 del código de fondo para hacerlo operativo.

Consideró que a la luz del artículo 13 del Código Penal, el encausado estaría en condiciones de acceder al beneficio liberatorio en el plazo de ocho meses, por lo que en miras del fin resocializador previsto en la ley de ejecución y los tratados internacionales sería conveniente que la pena sea de ejecución condicional.

Por otra parte, se agravia la parte de la errónea interpretación de los artículos 40 y 41 del Código, lo que a su criterio implica la violación a los artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional, en tanto que el decisorio afecta los principios de defensa en juicio y de razón suficiente, por la imposición de una pena que vulnera los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

En esa línea, sostuvo que el tribunal oral no mencionó las pautas de agravación aplicadas y utilizó criterios que no son pertinentes para cuantificar el injusto.

Al respecto, puntualizó que la naturaleza de cada hecho y sus circunstancias dan la pauta en la medición de la escala aplicable, resultando insuficiente invocar la existencia de un concurso real, pues aun en ese caso la esca-

la compuesta tiene un mínimo y es necesario expresar cuanto de injusto hay en ese concurso para apartarse del mismo.

En referencia a los atenuantes, remarcó que en la decisión no se han tratado las diversas circunstancias personales que el tribunal afirmó haber evaluado, aunque encargándose de aclarar que no pueden resultar decisivas a la hora de fijar la pena, es decir, restándoles su peso específico.

A su vez, expresó que la confesión alegada no resulta tal, sino que la misma forma parte de un acuerdo en el cual se acepta únicamente la postulación de los hechos para llegar a una dilucidación. A su entender, la real causal a ponderar debe ser el arrepentimiento y su sometimiento al proceso.

Con citas de doctrina y jurisprudencia, precisó que la pena debe ser reducida a un año y seis meses de prisión en suspenso, o subsidiariamente ejecutada bajo la modalidad de reparación prevista en el artículo 50 de la 24.660.

Por último, hizo reserva del caso federal.

3º) Que, superada la etapa prevista en el artículo 468 del Código Procesal Penal de la Nación, y habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Juan Carlos Gemignani y en segundo y tercer lugar los doctores Luis María Cabral y Ana María Figueroa respectivamente, el Tribunal pasó a deliberar (art. 469 del C.P.P.N.).

El señor juez doctor Juan Carlos Gemignani dijo:

I. Para una adecuada respuesta a los agravios esbozados en el remedio procesal aquí a estudio, cabe reseñar que con fecha 15 de septiembre de 2010, el Tribunal Oral en lo Criminal nº 17 de esta ciudad condenó a Mario Os-

valdo Defina a la pena de un año y ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento, por considerarlo coautor de los delitos de hurto reiterado en dos oportunidades -uno de ellos en grado de tentativa- en concurso real con el delito de robo agravado por haber sido cometido en poblado y en banda en grado de tentativa.

Dicha decisión fue adoptada en virtud del acuerdo del artículo 431 bis del C.P.P.N. celebrado entre las partes obrante a fs. 268.

Conforme surge de fs. 286, con fecha 20 de octubre de ese año el nombrado fue citado por el a quo a los efectos de ser notificado de dicha decisión, no habiendo comparecido hasta el vencimiento del plazo para presentarse a derecho, circunstancia que motivó su declaración de rebeldía, la orden de su captura y la consecuente paralización del trámite de las actuaciones hasta tanto el encartado fuera habido (cfr. fs. 292).

Dicha situación se mantuvo hasta el 1 de diciembre de 2012, fecha en que el encausado fue detenido por personal policial en ocasión de haber sido señalado por la empleada de un local del shopping "Dot Buenos Aires" como la persona que junto a una mujer, momentos antes, había sustraído mercadería de un negocio sito en el 2º piso de ese centro comercial.

Luego de ello, con fecha 3 de diciembre de 2012 Mario Osvaldo Defina compareció ante el tribunal oral y fue notificado de la decisión cuestionada, dejando en claro que jamás fue su intención eludirse del accionar de la justicia, manifestando que jamás fue anoticiado de su obligación de presentarse ante sus estrados.

II. Sentado cuanto precede, entiendo que el remedio que se examina no puede tener favorable recepción.

Ello es así, debido a que el recurrente pretende enervar el contenido del acuerdo de juicio abreviado celebrado, respecto del que medió expresa conformidad de su

Cámara Federal de Casación Penal

Causa n° 354 -SALA I-
"Defina, Mario Osvaldo
s/ recurso de casación"

ANDRÉS E. REYNA DE ALLENDE
SECRETARIO DE CÁMARA

parte, brindada en el expediente con fecha 25 de agosto de 2010.

En efecto, es evidente la inviabilidad del agravio esgrimido si se observa que en el pronunciamiento condenatorio, el órgano interviniente se ajustó estrictamente a lo convenido por el imputado y su defensa en la audiencia prevista en el art. 431 bis del código adjetivo, en la que se asentó que Mario Osvaldo Defina ratificó el acuerdo mediante la firma allí inserta.

En tal sentido, del convenio obrante a fs. 268 celebrado en ese marco surge que a solicitud del imputado "... se le informa detalladamente sobre las posibilidades de acordar un juicio abreviado en este proceso, se le precisan todas y cada una de las condiciones establecidas por la ley, se da lectura en alta voz al requerimiento de elevación a juicio obrante a fs. 207/209; se le indica el monto y la modalidad de la pena que se solicitará de: UN AÑO y OCHO MESES de PRISIÓN de EFECTIVO CUMPLIMIENTO..."; y que luego de un intercambio de opiniones entre los concurrentes a la audiencia, aquel manifestó "... su entera conformidad sobre la materialidad del hecho reseñado en el requerimiento de elevación a juicio de las fojas consignadas precedentemente, la participación que le cupo en el mismo, como así también con el monto y modalidad de la pena acordada...".

Del análisis de dichas constancias no se observa, por tanto, que el nombrado haya sufrido un gravamen con motivo del pronunciamiento homologatorio del acuerdo de juicio abreviado celebrado con el representante del Ministerio Público Fiscal.

En su presentación, la parte sólo exterioriza su disenso con el quantum de la pena por ella misma convenida, sin conseguir con ello evidenciar el quebrantamiento de lo establecido en los artículos 40 y 41 del Código Penal.

Ello es así, pues su agravio se limita a una mera discrepancia respecto del monto cuestionando la resolu-

USO OFICIAL

ción, cuando a mi criterio, de las constancias de la causa se colige que el mismo encuentra respaldo en lo libremente acordado por las partes, cuya razonabilidad y adecuación fue debidamente analizada por el a quo en el decisorio de fs. 278/282.

En ese orden de ideas, cabe recalcar que la sanción de un año y ocho meses de prisión de efectivo cumplimiento pactada por la fiscalía y el recurrente fue analizada y homologada por los magistrados del Tribunal Oral en lo Criminal nº 17, quienes tuvieron en cuenta para su aceptación la buena impresión causada por los encausados en la audiencia de conocimiento personal, los favorables informes socio ambientales y la actitud colaboradora demostrada en la dilucidación del proceso, circunstancias que me llevan a concluir que el remedio procesal interpuesto no puede tener favorable acogida.

III. En referencia a la pretendida inconveniencia de la modalidad de cumplimiento de la ejecución de la pena convenida debido al tiempo transcurrido, su arrepentimiento y su voluntad de sometimiento al proceso, no puede soslayarse que en la presente causa el encausado fue declarado rebelde por el a quo debido a su incomparecencia a los efectos de ser notificado de la decisión arribada en el marco del convenio por él mismo celebrado, rebeldía que se mantuvo hasta que el encartado fue detenido en el mes de diciembre de 2012, por hallarse nuevamente involucrado en un hecho delictivo.

De tal circunstancia, se advierte claramente que su presentación en sede judicial no se debió a un acto voluntario de la parte para someterse a la jurisdicción, sino que lo que se verifica es que Mario Osvaldo Defina recién pudo ser habido más de dos años después, gracias a la identificación efectuada en esa ocasión, elemento que razonablemente permite concluir que el transcurso del tiempo entre la condena y la posibilidad de cumplimiento de la misma tuvo lugar

debido a la elusión del encausado del accionar de la justicia, sin que se verifique en el caso aquí a estudio la reso- cialización alegada por la defensa.

IV. Por todo lo expuesto, y en sintonía con las consideraciones expuestas *ut supra*, propongo al acuerdo rechazar, sin costas, el recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Mario Osvaldo Defina.

El señor juez doctor Luis María Cabral dijo:

He de disentir con el voto del distinguido colega que me precedió.

En la resolución del tribunal de juicio no se observa arbitrariedad cuando el tribunal oral homologó los términos del acuerdo de juicio abreviado referidos a la existencia de los hechos, la participación (autoría) del imputado y su calificación legal (de conformidad con lo establecido por el art. 431 bis, inc. 2º), y fundó debidamente la mensuración de la pena que le impuso (cfr. "Corvalán, Marcelo L. s/recurso de casación", causa n° 15.554, reg. n° 20.032, rta. el 6/9/2013).

En esas condiciones la resolución del *a quo* en relación al modo de cumplimiento de la pena impuesta no se encuentra debidamente fundada. Es que, fuera de disenso que las partes no puedan acordar la fijación de una pena determinada (confr. art. 431 bis del C.P.P.N), el tribunal de juicio debió motivar tanto su medida, como la conveniencia o inevitabilidad del modo de ejecución solicitado por el señor Fiscal de juicio y señalar, a tal fin, si los antecedentes condenatorios de Mario Osvaldo Defina obstaban a la concesión de la sanción en suspenso de conformidad con cuanto establece el art. 27 del Código Penal.

En suma, voto por hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Mario Osvaldo Defina, en lo que respecta al modo de cumplimiento de la pena impuesta, sin costas, y devolver la causa a su origen para que, por intermedio de quien corresponda,

se dicte una nueva resolución ajustada a la presente. Tal es mi voto.

La señora juez doctora Ana María Figueroa

dijo:

1º) Que en el presente caso habré de acompañar la propuesta efectuada por el doctor Luis María Cabral, ya que tengo dicho que las condenas dictadas en el marco de las atribuciones otorgadas por el art 431 bis del CPPN, no exime al Tribunal de fundar suficientemente la decisión condenatoria que se dicte.

En el caso, tal obligación incluye la fundamentación de la graduación punitiva -1 año y 8 meses de prisión- y la viabilidad de dictar una condena de ejecución condicional, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 26 y sgtes. del Código Penal respecto de Mario Osvaldo Defina.

2º) Analizada la sentencia recurrida, se advierte que si bien el tribunal a quo al imponer al imputado Mario Osvaldo Defina la pena de un año y ocho meses de prisión, de efectivo cumplimiento, se ciñó al acuerdo celebrado entre las partes a fs. 268, tal como señala la defensa, la fijación de la sanción impuesta no ha expresado la ponderación de los extremos señalados en los artículos 40 y 41 del Código Penal, ni tampoco ha dado razones suficientes para imponer una pena de efectivo cumplimiento, careciendo la decisión así de la fundamentación suficiente para que pueda ser considerada acto jurisdiccional válido.

3º) Con relación a la fundamentación del monto impuesto, debe referirse que la decisión del tribunal oral atendió a que las *"penas acordadas entre las partes para los hechos que se tuvieron por probados son adecuadas en términos constitucionales y penales, conforme el marco previsto por la ley para esta modalidad procesal"*, refiriendo de modo general y sin especificar la gravitación de tales aspectos la *"buena impresión causada por los nombrados en la audiencia de*

conocimiento personal, los favorables informes socio ambiental y su actitud colaboradora en la dilucidación del proceso", para concluir en una pena de un año y ocho meses de prisión.

En consecuencia, toda vez que en el caso de autos, no se expusieron otras razones válidas para fundamentar la pena impuesta al encausado, corresponde descalificar la decisión como un acto jurisdiccional válido, en tanto el monto de la sanción impuesta no ha sido motivado suficientemente a la luz de los arts. 123 y 404, inc. 2, C.P.P.N..

Ello así pues "[r]esulta intolerable admitir tácitamente que las razones de la imposición de una pena puedan quedar ocultas cuando lo que se halla en juego es la máxima injerencia estatal posible sobre un individuo" (Ziffer, Patricia S., Lineamientos de la determinación de la pena, 2° Edic., 1° Reimp., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 28).

Sobre la cuestión referida a la determinación del quantum punitivo en las sentencias dictadas en el marco del trámite previsto por el art. 431 bis del C.P.P.N., me he expedido en el precedente "De Armas, Sergio Gastón s/recurso de casación" (causa n°14.324, reg. 19.739, rta. el 19/3/2012) de la Sala II de esta Cámara, entre otros. En tal oportunidad, destacué lo resuelto por nuestro Alto Tribunal in re R. 804. XL; RHE "Romano, Hugo Enrique s/causa n° 5315" rta. 28-10-08, en cuanto se sostuvo allí "Que si bien el modo en el que los magistrados ejercen las facultades para graduar las sanciones dentro de los límites fijados por las leyes respectivas no habilita la revisión por la vía del art. 14 de la ley 48, ello no faculta a los tribunales a que, en detrimento de la defensa en juicio, determinen la consecuencia jurídica concreta que corresponderá al condenado sin expresar siquiera mínimamente las razones por las que se aplica esa pena y no cualquier otra dentro de las permitidas por el marco penal. Pues el juicio previo establecido por el art. 18 de

USO OFICIAL

la Constitución Nacional como derivación del estado de derecho no sólo exige que los jueces expresen las razones en las que se encuentra fundada la responsabilidad o irresponsabilidad del procesado, sino también aquellas en que se apoyan la naturaleza o intensidad de la consecuencia jurídica correspondiente (cf., entre otros, Fallos: 314:1909)." (Fallos: 331:2343, Consid. 8°).

Cabe agregar también que, como sostuve en los precedentes "Médici, Héctor Javier s/recurso de casación" (causa nro. 8.520, reg. n°20.485, rta. el 26/9/2012) y "Chavarría, Fabián Ezequiel s/recurso de casación" (causa n°15.682, reg. n°20.977, rta. el 13/12/2012) de la Sala II de esta Cámara, "el art. 41 del Código Penal contiene dos incisos, el primero de ellos referidos a las circunstancias del hecho -aspecto objetivo-, mientras que el segundo, remite a la persona del autor -aspecto subjetivo-. De esta forma, magnitud del injusto y culpabilidad constituyen pautas ineludibles para la determinación de la pena que, en tanto cuantificable en virtud de las escalas penales previstas por el legislador, exigen ser tenidas en cuenta por el juzgador al momento de graduar la sanción", extremos que no han sido considerados por los magistrados en el presente caso.

4º) Por otro lado, la sentencia aquí recurrida no resuelve fundadamente acerca de la modalidad de ejecución de la pena impuesta, detentando por tanto un déficit de fundamentación tal, que imposibilita considerarla como acto jurisdiccional válido.

Ello por cuanto, el Tribunal debió haber analizado si era de posible aplicación la imposición de una condena de ejecución condicional respecto de Defina, luego de una ponderación de los antecedentes condenatorios que éste registra de conformidad con la certificación actuarial agregada a fs. 381/382 del legajo para el estudio de la personalidad, solicitado por esta Cámara como medida para mejor proveer.

Cámara Federal de Casación Penal

JANISKA REGINA DE ALLENDE
SECRETARIO DE CÁMARA

Causa n° 354 -SALA I-
"Defina, Mario Osvaldo
s/ recurso de casación"

Es deber de los jueces sentenciantes fundar debidamente todos los extremos correspondientes al dictado de una condena, incluido la modalidad de ejecución de la pena.

Tal criterio ha sido fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Recurso de hecho deducido por el Defensor Oficial de José Martín García en la causa García, José Martín s/ causa n° 97.999", G.772.XLIV, al remitirse al dictamen del Procurador General en cuanto éste sostuvo que: *"En este punto, estimo pertinente recordar que en casos donde la condenación condicional podría ser aplicada, la decisión denegatoria debe ser fundada, puesto que de otro modo se estaría privando a quien sufre el encierro de la posibilidad de conocer los pronósticos negativos que impiden otorgarle un trato más favorable, y los condenados se verían impedidos de ejercer una adecuada defensa en juicio ante la imposibilidad de refutar decisiones basadas en criterios discrecionales de los magistrados que la disponen (Fallos: 329:3006, considerando 6°). Asimismo, cabe destacar que 'el instituto de la condenación condicional tiene por finalidad evitar la imposición de condenas de efectivo cumplimiento en casos de delincuentes primarios u ocasionales imputados de la comisión de conductas ilícitas que permitan la aplicación de penas de hasta tres años de prisión. Tal aserto encuentra explicación en la demostrada imposibilidad de alcanzar en tan breve lapso de prisión el fin de prevención especial positiva que informa el artículo 18 de la Constitución Nacional' (Fallos: 329:3006, considerando 7°). 'La razón por la cual la condena condicional se limita a la pena corta de prisión es porque el hecho no reviste mayor gravedad, lo que sucede cuando la pena no excede de cierto límite, o cuando no provoca mayor peligro de alarma social, es decir, cuando el sujeto no es reincidente' (Fallos: 327:3816)".*

En tal sentido, considero que la sentencia recurrida luce arbitraria por cuanto no se expidió sobre la posible aplicación de cuanto prevén los artículos 26 y 27 del

USO OFICIAL

Código Penal.

A ello cabe agregar, que la modalidad de ejecución efectiva de la pena, si bien ha sido expresamente acordada por las partes (cfr. fs. 268), ello no exime al Tribunal de analizar la viabilidad de una condena condicional en el caso, especialmente teniendo presente los motivos que inspiraron al legislador al regular dicho instituto, vinculado con la innecesidad de imposición de penas temporalmente breves de efectivo cumplimiento, su efecto deteriorante sobre la persona y la comprobada ineficacia para cumplir con la finalidad de la pena constitucionalmente declarada. De ahí, que la sentencia debe reputarse arbitraria en este aspecto, de conformidad con lo prescripto por los artículos 123 y 404 inciso 2 del CPPN.

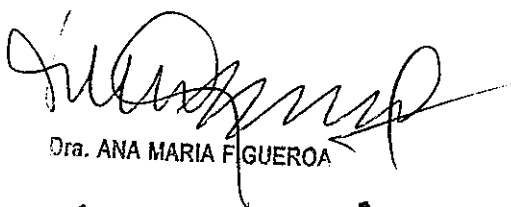
5º) En consecuencia, al poseer la sentencia un déficit de fundamentación en el punto referido al monto y modalidad de la pena impuesta, estimo corresponde su anulación y pertinente reenvío para que —por quien corresponde— se dicte una nueva decisión sobre tales extremos, sin costas (artículos 471, 530 y concordantes del CPPN). Tal es mi voto.

Por ello, en mérito de la votación que antecede, el Tribunal por mayoría **RESUELVE**: Hacer lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la defensa particular de Mario Osvaldo Defina, sólo en lo que respecta a la modalidad de cumplimiento de la pena impuesta, sin costas en la instancia.

Regístrese, notifíquese en la audiencia del día 26 de marzo de 2014, a las 13:00 horas, designada a los fines establecidos en el artículo 400, en función del 469 del Código Procesal Penal de la Nación. Oportunamente, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordadas Nº 15/13 y 24/13, CSJN), a través de la Secretaría de Jurisprudencia de

esta Cámara.

Remítase y sirva la presente de muy atenta nota de envío.



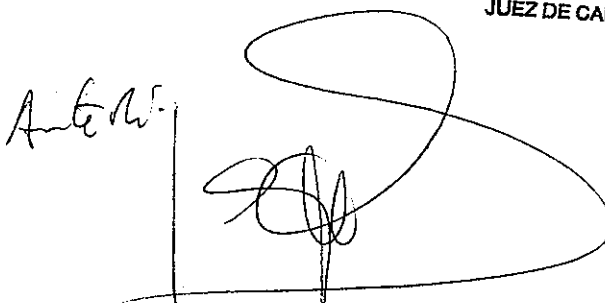
Dra. ANA MARIA FIGUEROA



LUIS MARÍA CABRAL



JUAN CARLOS GEMIGNANI
JUEZ DE CAMARA



ANTONIO G. ALLENDE
JUEZ DE CAMARA

USO OFICIAL

