



Poder Judicial de la Nación

“Año del *Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

Reg. n° 389/2016

En la ciudad de Buenos Aires, a los 23 días del mes de mayo de 2016, se reúne la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Criminal y Correccional de la Capital Federal integrada por los jueces Eugenio C. Sarrabayrouse, Horacio Leonardo Días y Luis García, asistidos por la secretaria actuante, para resolver el recurso de casación interpuesto a fs. 189/202, por la defensa pública oficial en la causa n° CCC 64567/2014/TO1/CNC1 caratulada “ , s/robo con arma”, de la que **RESULTA:**

I. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 5, el 10 de marzo de 2015, condenó a a la pena de tres años de prisión, y la unificó en seis años de prisión con la de tres años impuesta el 20 de marzo del 2013 por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 25 en la causa 3894. Además, revocó la libertad condicional que le había otorgado el Juzgado Nacional de Ejecución Penal n° 4 y lo declaró reincidente.

II. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la defensora oficial *ad – hoc*, María Candelaria Migoya (fs. 189/202)

III. La defensa basó sus agravios en ambos incs. del art. 456, CPPN.

a) Sostuvo que el tribunal impuso la pena única sin analizar razonablemente las reglas del concurso real que debían aplicarse. En ese sentido dijo que el método usado –el de la suma aritmética– afecta el principio de culpabilidad, los objetivos constitucionales de reinserción social de la pena y la garantía de defensa en juicio, ya que no se expresaron las razones que motivaron tal decisión.





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

Consideró que debió aplicarse el método compositivo de la pena, pues es el único que respeta adecuadamente los preceptos constitucionales y permite brindar una respuesta punitiva dosificada.

b) Por otro lado, la defensa atacó a la sentencia por inmotivada (arts. 123 y 404 inc. 2 CPPN) con respecto a la determinación del monto de la pena única. Consideró que requiere la misma fundamentación que la necesaria para determinar el monto de una pena individual. De esta manera, debieron tenerse en cuenta no solo las pautas objetivas, sino también las subjetivas, como las características del delito y del autor, para poder fundar adecuadamente el reproche concreto. Así, manifestó que el informe socio ambiental de se tuvo en cuenta para medir la pena, pero no para analizar la imposición de la pena única. Recordó que si bien el fiscal había pedido una pena única mayor, había compuesto ambas y la diferencia radicaba en que asignó una calificación jurídica diferente al hecho juzgado en esta causa. En consecuencia, solicitó que se anule parcialmente la sentencia recurrida y se le imponga a su asistido una nueva pena única que el tribunal revisor “...esté en condiciones de individualizar...” o bien se acuda al procedimiento de reenvío.

c) Luego consideró que la declaración de reincidencia vulneró los límites de la potestad jurisdiccional y afectó al debido proceso, toda vez que el Fiscal en sus alegatos no expresó nada al respecto.

d) Por último, sostuvo la inconstitucionalidad de la reincidencia por vulnerar los principios de igualdad, culpabilidad, *ne bis in ídem* y el fin resocializador de la pena privativa de libertad, todos de raigambre constitucional.

IV. La Sala de Turno le imprimió a la causa el trámite previsto por el art. 465 (fs. 225) y en el término de oficina (arts. 465, cuarto párrafo y 466, CPPN) la defensa reprodujo los fundamentos de





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

hecho y derecho expuestos en el recurso, e introdujo nuevos agravios. En este último aspecto, planteó la inaplicabilidad de la declaración de reincidencia por cumplimiento parcial de la pena (punto V, del escrito de fs. 229/243).

V. A la audiencia prevista en los arts. 465 y 468, CPPN, comparecieron el defensor público oficial Mariano P. Maciel y el fiscal Ariel Yapur.

a. El primero reiteró, en esencia, los argumentos expuestos en el escrito presentado en el término de oficina. Criticó el método utilizado para fijar la pena única y destacó que la reincidencia de había sido dictada sin pedido del fiscal.

b. El segundo, por su parte, señaló que el modo en que se fijó la pena única no era una materia revisable en casación. Además, juzgó que la posición adoptada por el tribunal *a quo* no era irrazonable. Asimismo, destacó que la pena impuesta no superó la barrera de lo solicitado por el fiscal.

En cuanto a la reincidencia, sostuvo que en el caso no existió una violación del sistema acusatorio, pues estaban presentes todos los elementos fácticos para declararla: estaba cumpliendo pena, con lo cual, el tribunal tenía la facultad y el deber de aplicar el art. 50, CP. Aseveró que el principio de congruencia no abarca cuestiones jurídicas y que las partes no pueden acordar derogar la ley. Aseveró que la cuestión era establecer si el imputado cumplió o no cumplió pena: como estaba en libertad condicional, no era arbitraria la declaración de reincidencia.

El fiscal Yapur afirmó que, en lo personal, consideraba que la reincidencia era inconstitucional, en el mismo sentido que lo sostenido por el juez de este tribunal, Mario Magariños. Sin embargo, su opinión personal no podía afectar la posición institucional del Ministerio Público Fiscal, que sostiene la constitucionalidad de la





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

reincidencia, en línea con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

VI. Finalizada la audiencia, el tribunal pasó a deliberar, según lo establecido en el art. 469, CPPN, de todo lo cual se dejó constancia en el expediente.

Efectuada la deliberación y conforme a lo allí decidido, el tribunal resolvió del siguiente modo.

CONSIDERANDO:

El juez Eugenio Sarrabayrouse dijo:

1. Tal como se ha resumido, los agravios de la defensa se dirigen a cuestionar: a) la decisión del tribunal *a quo* para adoptar el método aritmético en la fijación de la pena única, y la falta de fundamentación de ésta; b) la reincidencia impuesta, pues no fue solicitada por el fiscal, es inconstitucional y el condenado no cumplió el requisito temporal para su declaración.

2. El tribunal *a quo* para unificar las penas, tras recordar el pedido fiscal, señaló: “...corresponde utilizar el método aritmético de unificación de condenas por encontrarse firmes las que se unifican con la presente. Por lo que corresponde imponerle pena única de seis años de prisión, accesorias legales y costas – artículo 58 del Código Penal-...” (cfr. el punto séptimo de la sentencia, fs. 183).

En cuanto a la declaración de reincidencia, tras analizar el legajo de personalidad de , recordó que tenía una condena anterior y que el 7 de noviembre de 2013, el Juzgado de Ejecución Penal N° 4 le concedió la libertad condicional. “...Así, el imputado cumplió parte de la pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 25 en detención y durante ese encierro revistió calidad de condenado...”. De esta manera, “...toda vez que al momento de cometer el presente hecho no había transcurrido el plazo





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

previsto en el artículo 50 del Código Penal, corresponde declarar a reincidente....”.

3. Tal como lo ha señalado el juez García en el precedente **“Delucchi”**,¹ no corresponde realizar distinciones al momento de revisar una sentencia de condena, ya sea que el imputado pretenda el reexamen de su declaración de responsabilidad o de la pena que se le impuso. En este último aspecto, y sin implicar una revisión global de oficio de la sentencia, deben analizarse todos los agravios verosímiles (cfr. la sentencia en los autos **“Briones”**)² De esta manera, debe rechazarse la objeción planteada por el fiscal en la audiencia (punto V. “b”), pues el método por el cual el tribunal de mérito decide la unificación de penas es revisable mediante el recurso de casación.

4. Tal como se señaló en el precedente **“Sarno”**,³ el art. 58, CP: trata sobre la unificación de penas, la que tiene lugar tanto si se hubieren dictado dos o más sentencias firmes violando las reglas de los artículos 55 a 57, CP (segunda regla) como en el supuesto en que, habiéndose dictado una sentencia condenatoria firme respecto de una persona, se la deba juzgar por otro delito, mientras todavía cumple pena (primera regla). En ambos supuestos, el juez debe construir una escala de acuerdo con las pautas establecidas en el art. 55, CP. Sin perjuicio del método aritmético o composicional que el tribunal adopte (y de las razones que exponga para ello), lo cierto es que, en cualquier caso, la pena resultante debe ser la consecuencia de una valoración de las pautas establecidas en los arts. 40 y 41, CP. En este sentido, *“...la fijación de una pena única, sea que se trate de un caso de unificación de sentencias dictadas en violación a las reglas del concurso, sea que se trata de un supuesto de unificación de penas*

¹ Sala I, sentencia del 4.11.2015, registro 620/2015, jueces Días, Bruzzone y García.

² Sala II, sentencia del 23.10.2015, registro 580/15, jueces Garrigós de Rébora, Jantus y Sarrabayrouse.

³ Sala II, sentencia del 8.10.2015, registro 533/2015, jueces Morin, Sarrabayrouse y Bruzzone.





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

manteniendo la individualidad de las condenas, exige siempre la aplicación razonada de las pautas de los arts. 40 y 41 del Código Penal, en el marco de la escala compuesta a tenor de los arts. 54 a 55, CP, según sea el caso. En este punto, rigen las exigencias de motivación de los arts. 399 y 404, inc. 2º, CPPN, del mismo modo en que rige para cualquier sentencia de condena...” (cfr. el voto del juez García en los autos “Delucchi”, citados).

En el caso particular, el tribunal *a quo* no desarrolló ningún argumento para fijar la pena única de seis años de prisión, ni indicó qué razones vinculadas con las pautas establecidas en los arts. 40 y 41, CP, conducían a sumar aritméticamente las sanciones impuestas a .

La resolución impugnada sólo ha realizado una mención genérica relativa a la aplicación al caso del art. 58, CP, y al empleo del método aritmético para fijar la pena. Sin embargo, no analizó las particularidades del caso, lo que permite calificar a la decisión impugnada como un supuesto de sentencia arbitraria, de acuerdo con la doctrina desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues no cumple la exigencia de fundamentación y por lo tanto no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias efectivamente comprobadas en la causa (Fallos: 311:948, 2402 y 2547; 313:559; 315:2969; 316:2718; 319:103 y 321:1909).⁴

De esta manera, corresponde anular el punto II de la sentencia recurrida y reenviar la causa para que el tribunal que corresponda dicte un nuevo pronunciamiento de acuerdo con las pautas aquí enunciadas (arts. 456, inc. 2º, y 471, CPPN).

⁴Sobre el concepto de sentencia arbitraria y su evolución a partir de 1955, véase CARRIO, Genaró / CARRIÓ, Alejandro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, 3ª ed., Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1983, *passim*.





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

5. La segunda cuestión se refiere a la declaración de reincidencia efectuada por los colegas de la instancia anterior.

El caso presenta la siguiente particularidad: el fiscal, según indicó en la audiencia del art. 468, CPPN (punto V.b), considera que la reincidencia es inconstitucional, de allí que nada dijo al respecto en su alegato al momento de solicitar la pena a imponer. En este aspecto, de acuerdo con lo ya resumido, consideró que su opinión personal no podía afectar la posición institucional del Ministerio Público Fiscal que sostiene la constitucionalidad de la reincidencia, en línea con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

De esta manera, en el presente colisionan por un lado, el principio acusatorio (donde el tribunal resuelve tras el pedido y la discusión previa entre las partes), y la facultad de los jueces para interpretar y aplicar la ley.

Tal como se señaló en el precedente **“Quinteros”**⁵, el inicio de la discusión en torno al alcance de las facultades del Ministerio Público Fiscal, los jueces y la relación entre la acusación y la sentencia, comenzó en el tiempo reciente con el fallo **“Tarifeño”** (Fallos 325:2019) de la Corte Suprema,⁶ donde se sostuvo que era nula la condena dictada en un procedimiento por delito de acción pública después de que el fiscal, al expresar sus conclusiones luego del debate, había pedido la absolución del imputado. Los fallos posteriores siguieron esta línea hasta la sentencia del caso

⁵Sala III, sentencia del 8.03.2016, registro 158/2016, jueces Garrigós de Rébora, Jantus y Sarrabayrouse.

⁶Sentencia del 28.12.1989; cfr. “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal” n° 14, ps. 608-609; continuó con una serie de precedentes del mismo tribunal: ‘Pérez’ (del 17.12.1992; CDJP n° 14, ps. 610-611), ‘González’ (del 1.9.1992; Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 14, ps. 615-618), ‘Cattonar’ (del 13.6.1995; ‘Fallos’ 318:1234), ‘Bensadón’ (10.8.1995, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 14, ps. 621-622), ‘Saucedo y Rocha Pereyra’ (12.9.1995, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 14, ps. 623-624), ‘Ferreyra’ (20/10/1995, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 14, ps. 627-628), ‘Cáseres’ (25/9/1997, ‘Fallos’ 320-1891), ‘Durand Cornejo’ (4.11.1997; Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 14, ps. 642-644), ‘Fernández’ (27.2.2001; Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal n° 14, ps. 645-648), ‘Marcilese’ (‘Fallos’ 325:2005)





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

“Marcilese” (Fallos 325:2005), en el que la Corte varió su criterio y admitió la posibilidad de la condena del tribunal de mérito pese a la absolución pedida por el fiscal.⁷ Luego, volvió sobre sus pasos a partir del caso **“Mostaccio”**,⁸ donde retomó la senda de **“Tarifeño”**. Incluso, la Corte determinó la declaración de inconstitucionalidad de la regla contenida en el CPP de la provincia de Tierra del Fuego que permitía expresamente al tribunal de juicio absolver o condenar, con independencia de las conclusiones del acusador.⁹

⁷ Crítico con esta jurisprudencia, Julio Maier cuestionó esta línea de pensamiento en el fallo “Pariasca” mencionado, donde señaló: ‘...la afirmación enfática de nuestra Corte Suprema se compadece totalmente con el sistema angloamericano de procedimiento penal. En él, sin embargo, rigen principios que nosotros, tributarios del derecho (penal) continental europeo, no hemos aceptado en nuestro sistema. Básicamente, nuestro sistema parte, como regla general, casi sin excepciones, de la persecución penal pública de los delitos y del principio de legalidad establecido para los órganos de persecución penal del Estado (arts. 71 y 274, CP). En el derecho anglosajón, en cambio, aun cuando pueda sostenerse parcialmente –por vía de la apreciación de la realidad y aun en América del Norte por la observación de reglas jurídicas- que la persecución penal pública es estatal, de alguna manera, rige, sin embargo, genéricamente, el llamado por nosotros principio de oportunidad y, para el juicio penal, el proceso de partes. Ello significa que, para el derecho anglosajón, el único que puede apoderar al tribunal (de jurados) para entender y decidir un caso penal, a semejanza de lo que ocurre en el derecho privado y en otras áreas del derecho público, es el actor; rige ilimitadamente el principio *nemo iudex sine actore*, razón por la cual, cuando el actor penal (Ministerio Público o abogado contratado por el Estado, en el caso más asimilable a nuestro derecho) no ejerce la acción penal o desiste de ejercerla, por cualquier motivo, el tribunal carece de jurisdicción para proceder en el caso o se ve ‘desapoderado’ del caso ya iniciado. La historia de nuestro procedimiento penal es algo distinta. La Ilustración, como en el sistema político, se vio deslumbrada por la organización institucional y el derecho de Inglaterra, básicamente. Pero, tras siglos de Inquisición, no pudo, ni siquiera ella, dejar de afirmar la persecución penal pública obligatoria (principio de legalidad) por parte de los órganos del Estado, con el deber de iniciar el procedimiento penal ante la afirmación, en el mundo de los hechos, de un comportamiento punible. Todavía con más razón se adaptó a estas circunstancias el procedimiento penal del nuevo Estado de derecho, una conciliación de intereses entre las ideas de la Ilustración y las que provenían del Ancien Régime. Ello explica la creación de un órgano específico para la persecución penal, el Ministerio Público –‘hijo de la revolución’, según se afirma-, y hasta la existencia del juez de instrucción –antiguo inquisidor- y de su facultad de proceder de oficio, todavía conservada en la legislación española...’. En este tipo de proceso, la acusación preside el juicio desde su comienzo y la misión del juicio oral y público es la de valorar la acusación según el contenido del debate: los informes finales (o alegatos) sólo tienen por misión permitir a las partes una valoración del contenido del debate, antes de dictar sentencia, como facultad concedida para influir en la decisión condenatoria o absolutoria del tribunal de juicio...’.

⁸ “Fallos” 327:120.

⁹ Sentencia de la Corte Suprema, dictada el 17.03.2009. en el caso “Cárdenas Almonacid”, causa C.1925. XLIII; luego, el Superior Tribunal de Justicia provincial declaró la inconstitucionalidad del séptimo párrafo del art. 362, CPP (cfr. la sentencia del 12.08.2009, jueces Francisco J. de la Torre y Ernesto A. Löffler). El CPP de Tierra del Fuego tomó como modelo el CPPN, ley 23.984. En cuanto a las facultades del tribunal luego de terminado del juicio, a diferencia del código nacional, permitía expresamente absolver o condenar, de acuerdo con el art. 362, último párrafo, CPPTDF.





Poder Judicial de la Nación

“Año del *Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

A estas sentencias debe agregarse el precedente “**Quiroga**”¹⁰ que también delineó las facultades de los fiscales y los jueces en el marco del CPPN vigente.

Progresivamente, la discusión se trasladó a otros ámbitos, en particular, al de las agravantes y atenuantes previstas en los arts. 40 y 41, CP. En este aspecto, en el precedente “**Medina**”¹¹ se dijo que la discusión en torno a la determinación judicial de la pena no ocupó un lugar relevante ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Pese a algunos trabajos pioneros, hoy continúa sin estar en el centro de las discusiones. Ella asumió particular relevancia a partir del momento histórico en que las penas aplicables dejaron de ser fijas y pasaron a desenvolverse en escalas que exigen una determinación. De allí la necesidad de establecer la *cesura de juicio* como ámbito para discutir los criterios y las formas racionales para medir la reacción penal del Estado.¹²

Lentamente se ha impuesto el criterio de que el pedido de pena del fiscal funciona como un límite para los jueces. De estar pautado en el marco del procedimiento abreviado (art. 431 *bis*, CPPN), aceptado por una minoría de la CSJN en el caso “**Amodio**” (causa A.2098 XLI del 12 de junio de 2007), hoy se ha convertido en ley: el CPPN, Ley 27.063 (que no se encuentra vigente), en su art. 273 establece que los “...jueces no podrán imponer una pena más grave que la solicitada por los acusadores...”. Sin embargo, no ocurre lo mismo con las agravantes y atenuantes previstas en el art. 40 y 41, CP. De este modo, si bien el nuevo ordenamiento contempla la cesura del juicio, a diferencia de otros códigos procesales, no establece un límite en cuanto a la consideración de las agravantes y atenuantes.¹³

¹⁰ Fallos 327:5863

¹¹ Sala II, sentencia del 3.09.2015, registro 406/15, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin

¹² Cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho procesal penal*, t. I, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 382.

¹³ Cfr. GARIBALDI, Gustavo E. L. / BELLAGIO, Aníbal / CASTRO, María del C., *El juicio criminal y la determinación de la pena bajo presupuestos del acusatorio*, Ad - Hoc, Buenos





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

En cuanto a la técnica legislativa, la previsión de una cesura del juicio implica que el fiscal ya en la acusación expresa las “...*circunstancias de interés para determinar la pena...con expresión de los medios de prueba que propone para verificarlas en el juicio sobre la pena...*” así como también “...*el requerimiento de pena estimado, a los efectos de la determinación del juez, tribunal o jurado...*” (cfr. art. 241, incs. g y h, CPPN, Ley 27.063). Las partes ofrecen prueba sobre la pena estimada, lo que garantiza al imputado la posibilidad de ser oído, ofrecer prueba y contradecir el pedido fiscal. Es decir, que hay una discusión plena al respecto.

El CPPN vigente no contempla nada de lo dicho. Sin embargo, en la medida en que las partes hayan discutido sobre las atenuantes y agravantes aplicables para determinar la pena, o que los elementos valorados por el tribunal con ese fin surjan de las circunstancias del hecho o de las condiciones personales del acusado discutidas en el debate, el órgano judicial se encuentra habilitado para fijar la pena tomando en cuenta esos parámetros.

6. Ahora bien, la declaración de reincidencia presenta características especiales. En este sentido, el art. 50, CP, la define pero no indica sus consecuencias.¹⁴

Entre estas últimas cabe citar: 1) como criterio a tomar en cuenta para la medida de la pena, art. 41, CP; 2) como obstáculo a la libertad condicional, art. 14, CP; 3) los supuestos de multirreincidencia, que pueden determinar la imposición de una pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado (caso “**Gramajo**”, Fallos 329: 1680); 4) un supuesto de reincidencia específica y ficta, art. 189 bis, inc. 2º, último párrafo, CP; 5) para algunas leyes especiales,

Aires, 2004.

¹⁴ Cfr. GARCÍA, Luis, *Las disposiciones sobre reincidencia en el Código Penal. Su escrutinio constitucional y el estado de la cuestión en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, en Leonardo G. Pitlevnik (Director), *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 15, Hammurabi, Buenos Aires, p. 37 y sigs.





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

constituye un agravamiento directo de la pena; art. 17, ley 12.331; 6) también, algunos códigos procesales, la prevén como causa de impedimento de la excarcelación o la exención de prisión, art. 319, CPPN.¹⁵

Se trata así de un supuesto de agravación de la pena, diferente por sus efectos al resto de los parámetros previstos en los arts. 40 y 41, CP. Según surge de los distintos precedentes resueltos por este Tribunal, además de la discusión sobre su constitucionalidad, su imposición exige cierta evolución del interno dentro del régimen progresivo de ejecución de la pena para su declaración, de acuerdo con lo dicho en el precedente *“Salto”*¹⁶. Estos aspectos deben discutirse entre las partes y con carácter previo a la resolución del tribunal, pues depende de elementos fácticos y jurídicos cuyo análisis y tratamiento no puede ser suplido posteriormente mediante un recurso de casación o de revisión del contenido de la sentencia de mérito. En este sentido, no es un supuesto donde las partes acuerdan no aplicar la ley, como afirmó el señor fiscal en la audiencia (punto V. b): se trata de garantizar el contradictorio, que no pudo materializarse en el presente asunto, ante la ausencia de petición de la fiscalía en ese sentido; lo que determina la inexistencia de un “caso” que deba ser resuelto por el tribunal, según lo dicho en los autos *“Soto Parera”*¹⁷, *“Pesce”*¹⁸ y *“Albornoz”*¹⁹.

En consonancia con lo expuesto, al integrar otro tribunal²⁰ señalamos que si el fiscal en su alegato no había pedido la

¹⁵ Cfr. GARCÍA, Luis, *Las disposiciones sobre reincidencia en el Código Penal*, op. cit., ps. 37 – 38; SMOLIANSKI, Ricardo, *La reincidencia penal, ¿otra vez en el centro de la discusión?*, en Pedro J. Bertolino / Patricia Ziffer (directores), *Revista Derecho penal y procesal penal*, t. 3, marzo 2013, Abeledo – Perrot, ps. 472 – 474.

¹⁶ Sala II, sentencia del 27.08.2015, registro 374/2015, jueces Morin, Sarrabayrouse y Bruzzone.

¹⁷ Sala II, sentencia del 13.07.2015, registro 240/15, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.

¹⁸ Sala II, sentencia del 17.07.2015, registro 258/15, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.

¹⁹ Sala II, sentencia del 16.07.2015, registro 247/15, jueces Bruzzone, Sarrabayrouse y Morin.

²⁰ Cfr. la sentencia en el caso *“Días”*, del 10.10.2012, registro n° 23, t. II, folios 297/305, Tribunal de Juicio en lo Criminal, Distrito Judicial Norte, Tierra del Fuego.





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

declaración de reincidencia, el tribunal de mérito no podía hacerlo de oficio. Esta posición es seguida por calificada doctrina y por otros tribunales.²¹

De esta manera, el tribunal *a quo* carecía de facultades para declarar reincidente a , por lo que corresponde aquí también hacer lugar al recurso de casación interpuesto, anular el punto IV de la sentencia de fs. 179 / 184 y dejar sin efecto la declaración de reincidencia allí dispuesta (arts. 456, inc. 2º, y 471, CPPN).

7. En virtud de lo expuesto, se propone al acuerdo hacer lugar al recurso de casación de fs. 189 / 202, anular los puntos II y IV de la sentencia de fs. 179 / 184 y remitir las actuaciones al tribunal que corresponda a fin de que dicte nuevo pronunciamiento exclusivamente en lo que se refiere a la unificación de penas. Sin costas (arts. 456, inc. 2º, 471, 530 y 531, CPPN).

El juez **Horacio L. Días** dijo:

Adhiero al voto que antecede por compartir en lo sustancial sus fundamentos.

El juez **Luis M. García** dijo:

1 - La Defensa Pública ha impugnado el punto dispositivo II de la sentencia de fs. 163 dictada por el Tribunal Oral en lo Criminal nº 6, por la que se condenó al nombrado a la pena única de seis años de prisión y accesorias legales, que comprende: a) la pena de tres años de prisión y costas impuesta por ese Tribunal Oral en la presente causa por haber sido hallado autor responsable del delito de robo agravado por el empleo de armas, en grado de tentativa, y b) una pena -también única- de tres años de prisión y accesorias legales,

²¹ En este sentido, Mauro Divito, señala: “...cabe destacar que – conforme a lo expuesto precedentemente – entendemos que no procede que la declaración de reincidencia sea hecha de oficio por el tribunal: éste solamente podrá realizarla si – previamente – ha mediado una acusación conteniendo un expreso requerimiento en tal sentido..”, pues de otro modo abandonaría su imparcialidad (cfr. autor citado, en Andrés D’Alessio -director-, *Código penal comentado y anotado*, tomo I, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, ps. 835 y sigs.). En la nota 63, se cita la disidencia de los jueces Fayt y Boggiano, en el caso: “**Guía**” (Fallos 319:256) del 19.03.1996.





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 25, que a su vez comprendía una pena de tres años de prisión por haber sido hallado autor del delito de robo, en poblado y en banda, y una de cuatro meses de prisión que le había impuesto el Juzgado en lo Correccional n° 2 del Departamento Judicial de Quilmes, provincia de Buenos Aires.

La defensa aduce que en la fijación del monto de la pena el Tribunal Oral ha aplicado erróneamente el art. 58 CP, sin atender a las reglas de concurso real, quejándose de que se ha impuesto una pena total que es el resultado de la suma aritmética de las dos enunciadas y no un método compositivo que, según pretende, sería el único conciliable con los arts. 5.6 CADH y 10.3 PIDCP.

Impugna también la declaración de reincidencia hecha en la sentencia, realizada por el Tribunal de oficio, pues el fiscal actuante no había requerido tal declaración, y se queja de afectación del principio acusatorio, del debido proceso y del derecho de defensa. Finalmente impugna la constitucionalidad del art. 50 CP.

2 - En cuanto concierne a la impugnación del dispositivo II de la sentencia que impuso la pena única, comienzo por observar que la defensa no ha justificado que se trate de un supuesto de hechos plurales juzgados en procesos diferentes en violación a las reglas del concurso real. Al contrario, de los datos de la sentencia recurrida surge que el hecho de la última condena fue cometido cuando las anteriores dictadas ya se encontraban firmes, y así se expresa en el considerando séptimo de los fundamentos (fs. 183).

En otro orden, el atractivo hipnótico que ejercen los instrumentos de derechos humanos enumerados en el art. 75, inc. 22, CN, no dispensa a la defensa de establecer la pertinencia de las disposiciones que se invocan, y demostrar de modo concreto y fundado cuáles son las consecuencias que en cada caso se infieren de ellas. A este respecto señalo que no basta con invocar cual talismán





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

las disposiciones de los arts. 5.6 CADH y 10.3 PIDCP y sostener que una pena única que resulte de la suma aritmética de las penas singulares incorporadas en ella sería incompatible con aquéllas. Si se pretende que el *a quo* ha incurrido en un error en la sentencia recurrida se requiere demostrar razonada y puntualmente cómo se infiere esa afirmación de las disposiciones citadas. Tal esfuerzo no aparece ni siquiera insinuado en el recurso de casación.

Sin perjuicio de ese defecto de fundamentación del recurso, en la queja de la defensa está ínsito el agravio por deficiente fundamentación de la pena y esto es materia del art. 456 CPPN.

Ahora bien, la defensa yerra en parte el camino, pues la cuestión de si se trata de una unificación de condenas, o de una unificación de penas no variaría el resultado, según la posición que he sentado antes de ahora.

Es que en el caso de unificación de penas del primer supuesto del art. 58 CP o bien se procede de modo aritmético sumando el tiempo de la pena anterior que restaba cumplir al condenado, al de la nueva pena por el delito cometido durante la ejecución de la primera, en cuyo caso no se computará en la pena única, a título de cumplimiento, el tiempo de la pena anterior ya sufrido, o bien se procede fijando una nueva pena total, tomando en la cuenta la integridad de la pena anterior -incluida la parte ya cumplida- sin perjuicio de deducir más tarde, en el cómputo de pena, el tiempo de la primera pena ya sufrido.

He adherido al segundo método, sobre el que entiendo pertinente evocar, como lo he señalado antes de ahora (confr. causa CCC 66788/2013/TO1/CNC1, *“Delucchi, Diego Abel s/robo con armas”*, sent. de 04/11/2015, reg. n° 620/2015), que las difusas construcciones que distinguen entre un pretendido “método compositivo” y un pretendido “método aritmético”, construcciones





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

que tienen una cierta adhesión en la doctrina, no se infieren directamente de la ley. Pues más allá del valor argumental que aquéllas pudiesen eventualmente ofrecer, en definitiva, cuando se trata de dictar la pena única en cualquiera de los dos supuestos comprendidos en ese artículo 58 CP, la ley dispone que el juez construya una escala compuesta según las reglas del art. 55. Dentro de esa escala el juez está habilitado a fijar la pena total teniendo en cuenta la culpabilidad y el reproche merecido por todos los injustos de los que el condenado ha sido responsable, según las pautas de los arts. 40 y 41 CP, considerando además, en su caso, las razones preventivas que justificarían imponer una sanción menor a la estrictamente merecida por los injustos objetivos cometidos. De suerte que la cuestión no consiste en definir si la pena debería expresar la suma aritmética de las penas singulares o una menor, sino en establecer el reproche por los injustos objetivos, y después, en considerar los elementos preventivos que podrían atenuar la pena ajustada a ese reproche (confr. mi voto como juez subrogante de la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n° 10.678, “*Marino, Marcelo Miguel s/ recurso de casación*”, rta. 27/12/2010, reg. n° 17.847).

Pues, en rigor, la magnitud de la pena única se fija sobre la base de referencias a los arts. 40 y 41 del CP que no tienen un marco que no es ni aritmético ni de composición, más allá de que la magnitud resultante exprese el resultado de la suma aritmética de las penas divisibles unificadas, o una magnitud menor, y el art. 58 CP a este respecto no distingue si se trata de un caso de unificación de condenas por violación al concurso real, o de unificación de penas.

Ahora bien, así como en la medición de las penas singulares es pertinente tomar en cuenta consideraciones preventivas, sólo en cuanto ellas conduzcan a la fijación de una pena menor o menos grave que la adecuada a la culpabilidad por el injusto (confr.





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

mi voto como juez subrogante en la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, causa n 9479, “*Navarro Villalba, Mariano Hernán s/recurso de casación*”, rta. 8/2/2010, reg. n° 15.799), también puede suceder que en el momento de la unificación se hubiesen producido hechos o cambios relevantes para estimar que las necesidades preventivas presentes en el momento son mayores o menores que las presentes a la época del pronunciamiento de cada pena singular. Esta variación de las estimaciones de las necesidades preventivas sólo puede ser considerada en la unificación dentro de ciertos límites. Por cuanto, si se estimase que la evolución del condenado y las perspectivas actuales de reintegración a la sociedad son marcadamente más negativas que las estimadas al momento del dictado de cada pena singular, la evolución negativa no autorizaría en el caso de penas divisibles a imponerle al condenado una pena única que supere la suma aritmética de las penas singulares, aunque ella no superase el máximo de la especie de pena de que se trata aludido en el art. 55 CP. Ello es así porque por negativa que fuese esa evolución, y por aumentadas que apareciesen las necesidades preventivo especiales al momento de la unificación, las necesidades preventivas aumentadas no podrían superar la medida de los injustos culpables singulares, imponiendo una pena única superior a la de la suma aritmética de las penas divisibles que están en juego.

Desde ese abordaje, por imperio de la prohibición de reforma en perjuicio del condenado, el *a quo* tenía como límite inferior el mínimo mayor de las escalas aplicables, y como límite superior el resultante de la acumulación aritmética de las penas de prisión singulares. Dentro de ese marco, tenía libertad de considerar criterios preventivos para determinar un monto que no superase ese límite.





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

Establecido ello, observo que por único fundamento de medición de la pena única en la sentencia recurrida se ha declarado que “corresponde utilizar el método aritmético de unificación de condenas por encontrarse firmes las que se unifican con la presente” y se ha concluido derechamente que “corresponde imponerle pena única de seis años de prisión, accesorias legales y costas -art. 58 del Código Penal-”.

Sentado que no se infiere forzosamente del art. 58 CP que en los casos del primer supuesto de esa disposición deba forzosamente aplicarse la pena temporal que resulte de la suma aritmética de las singulares en juego, y que si bien tal resultado no está excluido, él debe ser justificado según los arts. 40 y 41 CP, lo que no ha ocurrido en el caso, concluyo, con el juez de primer voto, que el punto dispositivo II de la sentencia recurrida debe ser anulado por defecto de fundamentación (arts. 399, 404, inc. 2, 456, inc. 2, y 471 CPPN), lo que conduce a que el caso sea reenviado a otro tribunal para que dicte nuevo pronunciamiento sobre la pena única.

3 - La Defensa también ha impugnado el punto dispositivo IV de la sentencia de fs. 163, cuyos fundamentos obran a fs. 179/184, en cuanto ha declarado reincidente a . Tres son las cuestiones que involucran el motivo de agravio a este respecto: a) la alegada afectación del principio acusatorio, pues el representante del Ministerio Público no había pedido la declaración de reincidencia, y por ende el Tribunal Oral habría incurrido en exceso de jurisdicción; b) la alegación de que para que surta efectos la declaración de reincidencia sólo puede hacerse de modo expreso en la sentencia, de donde se infiere la exigencia de que “la efectiva verificación de los requisitos legales para la procedencia del instituto forme parte del juicio contradictorio”; sosteniendo, a





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

modo de conclusión de síntesis que se ha afectado el debido proceso y la defensa en juicio; c) la inconstitucionalidad del art. 50 CP.

En cuanto a lo primero, basta con señalar que la declaración de reincidencia del art. 50 CP en sí misma no produce ningún efecto modificadorio de la pretensión punitiva expresada en la acusación, y en todo caso tendrá eventualmente efectos en la etapa de ejecución de la pena de prisión, de modo que las reglas del principio acusatorio no se aplican del modo en que pretende la defensa, porque la declaración de reincidencia no es facultativa, sino una consecuencia legal del hecho de haber cometido un delito -dentro de cierto término legal- después de haber cumplido parcialmente una pena privativa de libertad anterior, se configura sin necesidad de declaración expresa, y por ende no puede ser declinada por el Ministerio Público. A ello se suma que ninguna regla impone que la reincidencia se declare en la sentencia de condena, ni precluye que pueda hacerse en un estadio ulterior de la ejecución (una posición opuesta que no se ha establecido como jurisprudencia de la Corte y sólo ha sido sostenida en disidencia por el juez Zaffaroni en los casos “*Caetano Flores, Elbio Ciriaco*”, causa C.595, L° XLIV, sent. de 10/08/2010, y “*Bermúdez, Gustavo Fabián*”, causa B.405, L° XLII, sent. de 14/10/2010).

He declarado antes de ahora que la existencia o no de reincidencia no es constituida por la sentencia de condena. Ella simplemente está sujeta a la constatación de los presupuestos que la constituyen, y puede hacerse en la sentencia de condena o incluso con posterioridad a ella. Si la sentencia de condena no se pronuncia sobre los presupuestos del artículo 50 CP y sobre la procedencia o no de esta declaración, ello no impide al juez a cargo de la ejecución de la pena así establecerlo con motivo, por ejemplo, de la verificación del cumplimiento de las condiciones de la de libertad condicional. El condenado podrá entonces cuestionar esta decisión si ella le es





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

contraria a sus intereses (confr. mi intervención como juez subrogante en la Cámara Federal de Casación Penal, Sala II; causa N° 12.863, “Castellini, Walter G. s/recurso de casación”, rta. 28/10/2010, reg. n° 17.406; y causa n° 12.549, “Deheza, Héctor Floro s/recurso de casación”, rta. 29/03/2011, reg. n° 18.218). Ello es así pues la nueva resolución no es constitutiva de la reincidencia sino meramente declarativa, por ello no depende de su afirmación al momento de individualizar la pena y, constatada la comisión de un nuevo delito y cumplidas las condiciones del art. 50 CP, ésta puede dictarse en cualquier momento.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha seguido un abordaje análogo en el caso “Mayo, Miguel Ángel” (CSJN, causa M. 25, L°. XLIX, rta. 21/04/2015). Allí la Cámara Federal de Casación había anulado la decisión de un tribunal oral federal por la que, al resolver un pedido de libertad condicional, había declarado que el condenado era reincidente y que ello obstaba al pedido. La Cámara había declarado que el tribunal oral carecía de competencia para declarar reincidente al condenado en el momento procesal en el que lo hizo -a saber, durante la etapa de ejecución de la pena- y afirmado que el momento oportuno para hacerlo habría sido al dictar la sentencia de condena después del debate. El Procurador Fiscal ante la Corte había dictaminado que no había base legal para lo decidido, señalando que el Código Procesal Penal de la Nación reglamenta, para la etapa de ejecución penal, un procedimiento para la evaluación, concesión, rechazo y revocación de la libertad condicional que resulta propicio para resolver la cuestión de la reincidencia: un procedimiento contradictorio, en el que el tribunal cuenta con amplias atribuciones de producción probatoria sobre las condiciones de cumplimiento de la condena actual y sus antecedentes, y cuya decisión es impugnabile por la vía del recurso de casación (confr. artículos 491 y 505-510 del





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

Código Procesal Penal de la Nación). Sobre esa base había así concluido que, al anular la decisión del tribunal oral sin apoyo alguno en el derecho vigente, el pronunciamiento la Cámara Federal de Casación Penal había incurrido en arbitrariedad. La Corte Suprema revocó la decisión, por remisión al dictamen del Procurador Fiscal.

Ahora bien, sea que se declare la reincidencia en la sentencia de condena, o que se haga en una etapa ulterior de ejecución, debe asegurarse un procedimiento que permita el ejercicio de la defensa, que incluya al menos la posibilidad de contradecir que se encuentran satisfechos los presupuestos de hecho y legales para la declaración de reincidencia. Cuando la fiscalía no ha pedido la declaración de reincidencia en su acusación, o cuando no ha opuesto la existencia de reincidencia en alguna incidencia de ejecución, y no obstante el Tribunal declara su existencia sobre la base de las informaciones disponibles en el proceso, la posibilidad útil de contradicción se limita a la discusión de los términos de la sentencia, en un estadio en el que la defensa no podría ya ofrecer prueba sobre la ausencia de los presupuestos fácticos de la reincidencia.

En la sentencia recurrida se ha declarado que había sido condenado por sentencia definitiva de 2 de marzo de 2013, rectificadas el 25 de ese mes, a la pena única de tres años de prisión de efectivo cumplimiento, que se agotaría el 12 de octubre de aquel año, y que se le había concedido la libertad condicional el siete de noviembre de 2013. El *a quo* concluyó que “así, el imputado cumplió parte de la pena impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal n° 25 en detención y durante ese encierro revistió calidad de condenado”, agregando que “toda vez que al cometer el presente hecho no había transcurrido el plazo previsto en el artículo 50 del Código Penal, corresponde declarar a reincidente” (fundamentos de la sentencia, fs. 183 vta/184).





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

El *a quo* ha apoyado su conclusión en la fecha de firmeza de la primera sentencia de condena a pena de prisión de cumplimiento efectivo, y en la fecha en que el condenado había obtenido la libertad condicional e inferido de esos datos que hubo cumplimiento parcial de la pena anterior según el art. 50 CP. El recurrente al interponer el recurso de casación se había agraviado en punto a la inexistencia de contradicción sobre la efectiva verificación de los requisitos legales para la declaración de reincidencia. En el término de oficina ha ampliado la fundamentación del agravio argumentando que el art. 590 exige que el imputado hubiese cumplido en calidad de condenado las dos terceras partes de la pena impuesta por la condena anterior, y rechazado que en el caso se hubiese dado tal supuesto.

En sustento de su postura ha traído la cita de opiniones de doctrina, y de algunas decisiones de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, y de una de la Sala III de esa Cámara. Rescato que entre las decisiones de la citada Cámara en la que pretende tomar sustento se encuentra la sentencia de la causa “*Mayo, Miguel Ángel*”, decisión que ha sido dejada sin efecto por la Corte Suprema (confr. supra). Allí el Procurador Fiscal ante la Corte había dictaminado que era arbitraria la interpretación según la cual sólo el cumplimiento efectivo de pena de prisión por un lapso no menor a las dos terceras partes del total de la pena impuesta por el delito anterior podría justificar la agravación por reincidencia de la sanción correspondiente al delito posterior. A ese respecto se había emitido a las consideraciones del caso de Fallos: 308:1938 (“*Gómez Dávalos*”), donde la Corte había declarado que esa interpretación del artículo 50 del Código Penal debía ser rechazada en razón de que “conduciría prácticamente a eliminar la reincidencia de nuestro derecho positivo” (considerando 6°); evocando que es regla que no corresponde dar a las leyes un alcance que, sin un asiento textual, las desvirtúe o vuelva





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

inoperantes. La Corte Suprema revocó la sentencia de la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal, por remisión a los fundamentos del Procurador Fiscal.

De esa decisión sólo surge que una tesis como la que propone la defensa ha sido desautorizada por la Corte; no se infiere sin embargo de ella, como consecuencia, que la nuda firmeza de la sentencia anterior de condena configure el “cumplimiento parcial” de la pena del art. 50 CP. Esto ha sido objeto de decisión por la Corte en el caso *“Romero , Christian Maximiliano”* (CSJN, causa R. 1606, L.XLII, sent. de 15/06/2010) en el que una Sala de la Cámara Federal de Casación Penal había declarado al aplicar el art. 50 CP que “[...] la circunstancia de no haber Romero transitado por las fases previstas en el tratamiento penitenciario, no constituye óbice para su declaración de reincidencia si [...] concurren los requisitos que en la norma se establecen [...]”. El apelante había alegado arbitrariedad de la sentencia que lo había declarado reincidente, argumentando que, al no haber mediado notificación del carácter firme de la condena anterior durante el tiempo de encierro, el condenado había permanecido en prisión preventiva hasta el momento en que se dispuso su libertad condicional, lo cual había impedido que fuese sometido a las distintas fases del tratamiento penitenciario, aspecto éste que desde la perspectiva de la defensa resultaba determinante para negar la existencia de reincidencia real en los términos del art. 50 CP. A pesar de que se trataba de una disputa sobre la interpretación de una disposición de derecho común, la Corte Suprema abordó el tema por la vía de arbitrariedad de sentencia. El alto Tribunal declaró que “el criterio asumido por el tribunal de casación interviniente en cuanto interpreta que por “cumplimiento total o parcial de pena” (art. 50 del Código Penal) cabe entender cualquier fracción de encierro amparada por una sentencia firme más allá de que el detenido no haya sido





Poder Judicial de la Nación

“Año del *Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional*”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

efectivamente sometido al régimen de detención propio de los condenados [...] no armoniza con la asunción por parte del legislador del sistema de reincidencia real (art. 50 del Código Penal), dado que la exigencia de cumplimiento de pena, total o parcial, deja fuera al encierro experimentado por quien ha sido sometido a un régimen cautelar propio de la prisión preventiva, motivo por el cual la situación planteada en autos es sustancialmente idéntica, *mutatis mutandi*, a la de Fallos: 330:4476, a cuyas consideraciones corresponde remitir en razón de brevedad”. De esa sentencia de la Corte Suprema se infiere que no es la firmeza de la sentencia de condena la que permite definir la existencia de “cumplimiento parcial” de la pena, sino el “efectivo sometimiento al régimen de detención propio de los condenados”.

Sentado ello, entiendo que la solución del caso aparece a la vista. La declaración de reincidencia del punto dispositivo IV de la sentencia recurrida se ha apoyado exclusivamente en la firmeza de la condena de tres años de prisión de efectivo cumplimiento que el Tribunal Oral n° 25 de esta ciudad había impuesto a [redacted] en la causa n° 3894 de su registro interno, y no ha examinado si el condenado fue “efectivamente” sometido, a partir de esa firmeza, “al régimen de detención propio de los condenados”. A ello se suma que la declaración de oficio de que se encontraban reunidos los presupuestos para la declaración de reincidencia, comprendida la existencia de cumplimiento parcial de la pena anterior, privó a la defensa de la posibilidad de poner en cuestión que el condenado hubiese sido efectivamente sometido a tal régimen.

Concluyo que ello impone pues la anulación de lo decidido (art. 167, inc. 3, y 168 CPPN). A este respecto no se sigue forzosamente el reenvío para que el *a quo* se pronuncie inmediatamente completando la sentencia de condena con el





Poder Judicial de la Nación

“Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional”

CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA I
CCC 64567/2014/TO1/CNC1

pronunciamiento a tenor del art. 50 CP, porque, por las razones expuestas más arriba, la declaración podría hacerse incluso después de que se dicte nueva pena única y ésta adquiriera firmeza.

El resultado que se propone vuelve inoficioso todo pronunciamiento sobre la impugnación de inconstitucionalidad del art. 50 CP.

Así voto.

En virtud de lo expuesto, esta **Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, RESUELVE:**

HACER LUGAR al recurso de casación de fs. 189 / 202, **ANULAR** los puntos II y IV de la sentencia de fs. 179 / 184 y **REMITIR** las actuaciones al tribunal que corresponda a fin de que dicte nuevo pronunciamiento exclusivamente en lo que se refiere a la unificación de penas. Sin costas (arts. 456, inc. 2º, 471, 530 y 531, CPPN).

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

EUGENIO C.
SARRABAYROUSE

HORACIO L. DÍAS

LUIS M. GARCÍA

Ante mí

PAULA GORSO
SECRETARIA DE CÁMARA

